

Varia

EL PRESUPUESTO SUBJETIVO DEL CONCURSO

Luisa María Esteban Ramos

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid

I. REFERENCIAS PREVIAS

Para que proceda la declaración del concurso ha de concurrir, necesariamente y salvo una excepción legalmente reconocida, el requisito de la personalidad jurídica en el deudor al que tal declaración afecte. No puede ser declarado en concurso quien no tenga la condición de persona.

Partiendo de esta premisa legal, nuestro estudio pretende llevar a cabo un análisis del presupuesto subjetivo del concurso, con particular referencia al supuesto del deudor sociedad mercantil. Si, por un lado, tenemos en cuenta las formas que en la actualidad se utilizan para canalizar la actividad empresarial y, por otro, que es en el ámbito empresarial donde más situaciones de crisis se producen, queda evidenciado que el concurso de sociedades será un supuesto muy frecuente. Dentro de las sociedades como sujeto pasivo del concurso, merecen especial atención dos casos concretos en los que se plantean ciertas peculiaridades en torno a la personalidad jurídica: la sociedad en formación y, sobre todo, la sociedad irregular.

También hemos estimado oportuno dedicar un epígrafe a la realidad del grupo de sociedades, tomando en consideración las referencias que a la misma se contienen en la Ley Concursal.

No queremos concluir nuestro estudio sin hacer mención a los entes sin personalidad jurídica.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, comienza señalando su Exposición de Motivos, *persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal*. Esta declaración hace patente la imperiosa necesidad que existía en nuestro país de cambiar la situación normativa vigente con anterioridad (1).

No pretendemos aquí llevar a cabo un recordatorio completo y detallado de la legislación anterior, ni de los diversos proyectos que intentaron abordar su modificación, pero tampoco se puede obviar toda referencia a los mismos (2).

En el derecho anterior se regulaban cuatro procedimientos diferentes para intentar resolver las dificultades económicas en las que pudiera encontrarse un deudor: la quita y la espera y el concurso de acreedores, para deudores no comerciantes, y la suspensión de pagos y la quiebra, para deudores comerciantes. La quita y la espera y la suspensión de pagos estaban pensados

para supuestos de mera iliquidez y los otros dos para casos de insolvencia. No obstante, la suspensión de pagos era, también, un beneficio al alcance de deudores mercantiles que se encontraran en situación de insolvencia definitiva, ya que así lo permitían los arts. 8 y 10 de la derogada Ley de Suspensión de Pagos de 1922, lo que indudablemente modificaba esta división.

Además de la multiplicidad procedimental existía una dispersión normativa. Para conocer el derecho concursal había que manejar básicamente las siguientes normas, de muy diversa naturaleza: Código Civil, Código de Comercio de 1829 y el actualmente vigente de 1885, Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y Ley de Suspensión de Pagos de 1922 (3) .

Esta diversidad procedimental y normativa complicaba sobremanera la materia concursal. De hecho, y como reflejo de la aspiración a superar esta situación, nota común a los diversos textos que pretendieron la reforma es la de la unidad de disciplina (4) .

Hoy día esa pluralidad ha desaparecido dando paso a un procedimiento único (5) , aplicable tanto a los deudores civiles como mercantiles y tanto si se encuentran en estado de insolvencia definitiva como de mera iliquidez. Procedimiento que está regulado en una única norma: la Ley Concursal (6) . La Exposición de Motivos de la Ley Concursal señala como principios inspiradores de la reforma los de *unidad legal, de disciplina y de sistema* (7) . Todo esto hay que entenderlo con independencia de que determinados artículos estén pensados para un concreto tipo de deudor (8) . Sin olvidar, tampoco, que la transcendencia tanto social como económica que tiene la insolvencia de un empresario es muy superior a la de quien no realiza actividades empresariales (9) .

Las diferencias existentes entre los deudores susceptibles de ser declarados en concurso han llevado a plantear la conveniencia de introducir algunas especialidades en el procedimiento único (10) . Se ha dicho que una normativa concursal eficiente no puede aplicar un tratamiento uniforme a todos los deudores sin atender a su estatuto (11) . El procedimiento recogido en la Ley Concursal atiende, básicamente, a la insolvencia de los empresarios sociales. No ha tenido en cuenta, sin embargo, la creciente importancia que en la práctica viene adquiriendo el denominado sobreendeudamiento de las familias para concederle un tratamiento específico (12) . En el otro extremo, cuando se trate de crisis económicas de grandes empresas, también se podría pensar en la necesidad de contar con instituciones específicas (13) . En todo caso, y a pesar de estas realidades, no hay que olvidar que característica fundamental de la nueva normativa es la de su flexibilidad, lo que permite su adaptación, en cierta medida, a las circunstancias del caso concreto (14) . Dice la Exposición de Motivos que «la unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota». En relación a la flexibilidad hay que citar los arts. 190 y 191 LC que regulan una tramitación abreviada del concurso (15) para los supuestos en que «el deudor sea una persona natural o persona jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada para presentar balance abreviado y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no supere 1.000.000 de euros» (16) . Para poder acceder a esta tramitación se tienen en cuenta tanto criterios de tipo patrimonial como subjetivo. Es el juez el que debe adoptar la decisión correspondiente.

II. PRESUPUESTO SUBJETIVO DEL CONCURSO

1. Art. 1 de la Ley Concursal

El art. 1 de la Ley Concursal regula el presupuesto subjetivo del concurso en los siguientes términos:

«1. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica.

2. El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente.

3. No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público (17) ».

Conforme al apartado primero del art. 1, puede ser declarado en concurso cualquier deudor (18) .

La referencia legislativa a *cualquier deudor*, sin diferenciar entre deudor civil y deudor mercantil, es manifestación de las ya aludidas notas de unidad legal y de disciplina concursal, características de la nueva legislación. Con ello se superan los problemas que en el derecho anterior surgían en torno a la diversidad originada en función del estatuto personal del deudor (19) . No obstante esta unidad, no puede olvidarse que es, y así ha sido siempre, en el ámbito empresarial donde se producen la mayor parte de procedimientos de insolvencia (20) . Por ello, son constantes en la ley las referencias a las particularidades que plantean las insolvencias empresariales y, en especial, cuando las empresas adoptan la forma de sociedad. En este sentido se dice que se ha producido una mercantilización en la medida en que son las normas mercantiles las que se generalizan a todo tipo de acreedores (21) .

La característica fundamental que debe concurrir en el deudor para poder ser declarado en concurso es la de su personalidad. Sólo puede ser declarado en concurso quien tenga reconocida personalidad jurídica. La expresión utilizada por la Ley Concursal ha sido objeto de crítica (22) , ya que aunque parece que sólo admite el concurso de personas, eso no es del todo cierto, tal y como lo demuestra la circunstancia de que se reconoce el concurso de la herencia. De hecho, ha sido calificada como más adecuada la expresión deudor común (23) incluida en el Anteproyecto de 1983.

La diferenciación entre personas (24) que recoge la norma, nos obliga a tratar de forma separada al deudor persona física y al deudor persona jurídica. No obstante, se hacen necesarias, previamente, ciertas reflexiones en torno a la personalidad jurídica.

Los apartados segundo y tercero del art. 1 recogen dos excepciones a la regla general de exigencia de la personalidad. La primera, para reconocer capacidad concursal a una realidad carente de personalidad: la herencia, en determinadas circunstancias. La segunda, para negar dicha capacidad a determinadas personas que no pueden ser declaradas en concurso por su condición de sujetos de derecho público.

La ley española no restringe su ámbito de aplicación a los deudores que tengan nacionalidad española. Lo importante es, según el art. 10 LC, que el deudor tenga en territorio español el centro de sus intereses principales o su domicilio. Incluso, aunque el deudor no tenga en nuestro país ninguno de ellos, puede ser competente el juez español si el deudor tiene aquí un establecimiento (25) .

2. La personalidad jurídica como presupuesto básico para la declaración del concurso

La inclusión por la Ley Concursal de la condición de persona en el presupuesto subjetivo del concurso, exige hacer referencia a la problemática de la personalidad jurídica. No pretendemos realizar un estudio exhaustivo de la misma, ya que se trata de un tema que presenta importantes perfiles de ambigüedad, tanto en lo que afecta al concepto mismo como a los diferentes grados de personificación (26) .

En primer lugar ha de tenerse en cuenta la ausencia de un concepto legal de personalidad jurídica. Se trata de una creación jurídica cuyo significado ha variado a lo largo de su evolución (27) , de manera que se ha producido un proceso de generalización de la misma a realidades muy dispares (28) . Doctrinalmente (29) se admite que el concepto de personalidad jurídica no tiene un contenido predeterminado, lo que es lógico si se tiene en cuenta la generalización y la abstracción del mismo.

Según la concepción más arraigada, la personalidad jurídica se convierte en un mecanismo de imputación de derechos y obligaciones (30) . Reconocida la personalidad jurídica, es posible diferenciar entre el patrimonio de la persona jurídica y el de sus componentes (31) . La persona jurídica asume responsabilidad por los hechos que se realicen en su nombre, con independencia de cómo ésta pueda extenderse a los integrantes de aquélla.

El reconocimiento de la personalidad jurídica sirve para considerar de forma unitaria ciertos supuestos de la vida real (32) . Trata de dar un tratamiento unitario a una colectividad (33) .

El CCo reconoce personalidad jurídica a todas las sociedades mercantiles en su art. 116 (34) . El art. 35 CC la atribuye a las sociedades civiles que no mantengan secretos sus pactos. En consecuencia, en nuestro ordenamiento la personalidad jurídica es un atributo reconocido a todas las sociedades mercantiles y a las civiles externas (35) .

El reconocimiento con esta generalidad de la personalidad jurídica a las sociedades no coincide con una conformidad respecto a cual sea el requisito que debe concurrir para su obtención. Nos encontramos con diversas opiniones, desde la postura clásica, que exige la inscripción de las sociedades mercantiles en el Registro Mercantil; a la que exige simplemente la actuación externa o el acuerdo de los socios (36) .

El reconocimiento de personalidad jurídica a las sociedades, en particular a las mercantiles, tiene importantes consecuencias tales como la atribución de capacidad jurídica, de autonomía patrimonial. La autonomía patrimonial supone separación de la responsabilidad del socio y la de la propia sociedad. Por tanto, el hecho de que se atribuya personalidad jurídica a las sociedades les llevaría a poder ser declaradas en concurso. El que esté separada la responsabilidad de la sociedad y la de los socios, implica que la declaración del concurso afecta a la sociedad misma, sería ella el sujeto pasivo del concurso, y no sus socios.

En el ámbito mercantil, como hemos visto, el reconocimiento de la personalidad jurídica alcanza tanto a las sociedades de personas como a las de capital. Ello no impide que el grado de autonomía de la sociedad respecto de los socios sea diferente en cada caso. Mientras que en las sociedades de capital la autonomía es absoluta, esto no ocurre en las personalistas, lo que ha dado lugar a que se haya hablado de la existencia de un distinto grado de subjetivación (37) . La personalidad jurídica se tiene o no se tiene. Puede variar el grado de subjetivación, pero la personalidad es única (38) .

Por otra parte, con el reconocimiento de las sociedades de capital unipersonales a partir de 1995, la pluralidad de sujetos no es necesaria para reconocer personalidad jurídica a un ente societario. Ello ha llevado a reconocer que lo que se pretende con la atribución de personalidad jurídica a las sociedades de estructura corporativa no es facilitar la imputación de derechos y obligaciones a un grupo de individuos organizados en forma de sociedad, sino diferenciar un patrimonio, el social, que va a quedar afecto a las resultas de la actividad (39) .

3. Análisis de los diferentes supuestos

3.1. El deudor persona física

A las personas físicas se les aplican las reglas generales del concurso, aunque existen normas particularmente establecidas para ellas (40) , lo cual, no supone ninguna especialidad. Las personas físicas susceptibles de ser declaradas en concurso, como sabemos, pueden tener o no la condición de empresario (41) .

La capacidad concursal de las personas físicas no plantea problemas especiales. Puede ser declarada en concurso toda persona nacida a efectos civiles y que aún no haya fallecido o haya sido declarada fallecida. Es el Código Civil quien aclara estos conceptos. El art. 29 considera que es el nacimiento el que determina la personalidad. Conforme al art. 32, la personalidad de las personas naturales se extingue con su muerte.

La capacidad concursal de las personas físicas no exige la concurrencia de capacidad de obrar (42) .

Ello implica que tienen capacidad concursal los menores de edad y los incapacitados (43) . No obstante, en estos casos han de tenerse en cuenta ciertas particularidades, ya que estas personas no pueden actuar por sí mismas sino que deben hacerlo a través de sus representantes legales, que son quienes intervendrán en el proceso (44) .

En relación con los menores e incapacitados es interesante aludir a la reflexión realizada por

el profesor Duque (45) . A partir de la Ley sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, de 19 de noviembre de 2003, se establece la posibilidad de organizar, para las personas afectadas por una incapacidad definida en la ley, un patrimonio separado que quedaría inmediata y directamente vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad y sometido a un régimen de administración y supervisión específico. Ese patrimonio carece de personalidad jurídica propia y, por tanto, no podría ser declarado en concurso conforme a la LC. A partir de ahí, y teniendo en cuenta que se trata de un patrimonio dirigido a proteger al menor o incapaz, se plantea cuál será el régimen de ese patrimonio si se declara al menor o incapaz en concurso. Este patrimonio protegido constituiría una parte más del patrimonio total del incapaz, lo cual, implicaría que no cumple esa misión particular que tiene encomendada (46) .

El estado civil del deudor no afecta tampoco a su posible declaración en concurso. Sin embargo, en el supuesto del deudor persona casada el régimen económico que se aplique en su matrimonio tiene transcendencia a la hora de determinar la composición de la masa activa (47) , ya que no es lo mismo que se aplique un régimen de separación de bienes o el de sociedad de gananciales u otro de comunidad de bienes (48) . Conforme al art. 77 LC, en caso de concurso de persona casada, los bienes y derechos propios o privativos del cónyuge concursado integran la masa activa. Los bienes gananciales o comunes, si los hay, conforme al apartado segundo, se incluirán en la masa activa cuando deban responder de las obligaciones del concursado (49) . A este respecto, ha de tenerse en cuenta el contenido de los arts. 1315 y ss. CC, si el concursado persona física no es empresario, y los arts. 6 a 12 CCo, si lo es. El artículo también reconoce al cónyuge del concursado la posibilidad de pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal.

En el concurso de las personas naturales también es preciso tratar una cuestión de indudable actualidad, cual es la de la conveniencia o no de que el concurso de los consumidores reciba un tratamiento particular. No podemos olvidar el importante incremento del endeudamiento de los consumidores experimentado en los últimos años, que puede derivar en situaciones de insolvencia, y que tantos problemas va a generar en estos difíciles momentos para la Economía. Incremento que se ha visto favorecido por la presencia de diversos factores y en el que ocupa un lugar importante las facilidades crediticias ofrecidas por las entidades financieras (50) .

Está claro que la LC somete a los consumidores, en consonancia con los criterios de unidad legal y de disciplina que la inspiran, al régimen concursal general previsto en la misma. Sin embargo, esto resulta excesivo, incluso en su versión de procedimiento abreviado, ya que la insolvencia del consumidor se genera en su ámbito familiar o personal (51) , lo cual lleva a que no sea utilizado en muchos de los casos en que existe insolvencia. El hecho de que los particulares no acudan al concurso para resolver su situación, les impide beneficiarse de las ventajas (52) que de la tramitación de este procedimiento pueden derivar para ellos. No obstante, lo que sí es cierto es que en nuestro país se ha producido un importante incremento en el número de concursos de consumidores. Todo esto lleva a que desde determinados sectores se solicite una normativa que tenga en cuenta las particularidades de este supuesto (53) , en particular cuando en el origen de la insolvencia del consumidor no se encuentra una actuación irresponsable del mismo.

Con independencia de esta situación, y conforme a la normativa vigente, lo cierto es que si el consumidor llega a una situación de insolvencia, la normativa aplicable al concurso del mismo es la contenida en la Ley Concursal. Y ello con independencia de que, legalmente, se puedan adoptar medidas dirigidas a evitar situaciones de insolvencia del consumidor (54) .

3.2. El deudor persona jurídica

Este apartado contiene una referencia mínima a las personas jurídicas como sujeto con capacidad concursal, sin perjuicio de que el estudio del concurso de las sociedades mercantiles y de ciertos supuestos especiales sea tratado en otros epígrafes.

Como en el caso de las personas físicas, a las personas jurídicas les resultan aplicables las normas generales sin perjuicio, también, de que determinadas normas de la LC están pensando

exclusivamente en el deudor persona jurídica (55) .

Tiene capacidad concursal cualquier persona jurídica, del tipo que sea, resultando indiferente su naturaleza civil o mercantil. Lo importante es la concurrencia de personalidad jurídica. Puede ser declarada en concurso tanto una persona jurídica de tipo asociativo (56) como una de tipo fundacional. El art. 35 CC, en relación a las personas jurídicas, sitúa la adquisición de su personalidad jurídica en el momento en que conforme a derecho hubieran quedado válidamente constituidas. Por tanto, habrá que estar al tipo concreto de persona jurídica para comprobar la concurrencia de los requisitos necesarios para la adquisición de su personalidad y la obtención, por lo que a nosotros interesa, de la capacidad concursal.

Es posible la declaración de concurso incluso cuando la persona jurídica se encuentre en período de liquidación ya que, durante el mismo, conserva su personalidad jurídica.

3.3. Excepciones a la regla general de la personalidad

3.3.1. La herencia

Como excepción a la exigencia de la personalidad del deudor, el párrafo segundo del art. 1 atribuye capacidad concursal a la herencia (57) , en tanto (58) no haya sido aceptada pura y simplemente (59) . El que la herencia sea susceptible de ser declarada en concurso ha llevado a criticar, como ya hemos visto (60) , la expresión *persona natural o jurídica* utilizada por el art. 1 a la hora de delimitar el sujeto pasivo del concurso. En cualquier caso, debe quedar claro que la atribución de capacidad concursal a la herencia no implica que se le reconozca personalidad jurídica (61) .

Puede ser declarada en concurso la herencia yacente (62) y la aceptada a beneficio de inventario (63) . En ambos casos se da una situación especial, bien por tratarse de un patrimonio transitoriamente sin titular al no haber sido aceptada todavía la herencia, en el primer caso, o bien de un patrimonio separado perteneciente a una persona, el heredero, pero que limita la responsabilidad por las deudas del causante al activo patrimonial hereditario.

En el supuesto de que existan varios herederos, si uno acepta la herencia pura y simplemente, aunque el resto lo hagan a beneficio de inventario, finaliza el concurso de la herencia (64) , ya que quien acepta en aquellas condiciones responde de las deudas del causante, no sólo con el activo hereditario sino con el suyo propio conforme al art. 1003 CC (65) .

Hay que diferenciar el concurso de la herencia de los supuestos de fallecimiento o declaración de fallecimiento del concursado (66) que, conforme al art. 182.1 LC, no son causas de conclusión del concurso, aunque éste continuará tramitándose como concurso de la herencia (67) . La base de esta solución se sitúa en que el fallecimiento del concursado no extingue su responsabilidad civil y el proceso concursal es un proceso civil para la efectividad de la misma (68) . El hecho de que continúe el procedimiento como concurso de la herencia supondrá algunas variaciones en las medidas adoptadas durante la tramitación del concurso cuando el deudor estaba vivo.

Conforme al art. 3.4, están legitimados para solicitar el concurso de la herencia, además de los acreedores del deudor fallecido (69) , sus herederos y el administrador de la herencia, siempre que ésta no haya sido aceptada pura y simplemente. Además, añade, cuando la solicitud la formule un heredero, ésta producirá los efectos de la aceptación a beneficio de inventario (70) .

El hecho de que la ley no aluda a los legatarios, no debe impedir su consideración como legitimados para solicitar el concurso, ya que también ellos tienen un interés legítimo (71) .

Mientras la herencia se encuentre yacente el concurso de la misma será siempre necesario, ya que no existe deudor que pueda solicitar la declaración del concurso. No obstante, se dice que estaríamos ante un concurso voluntario si la solicitud la presenta el administrador de la herencia (72) .

Una vez que se produce la aceptación pura y simple de la herencia, no se plantearía ninguna circunstancia especial, y ello, porque los bienes integrantes de la herencia se confunden con los

propios del heredero (73) . A partir de ese momento, si procediera la declaración del concurso por concurrencia de deudas, la declaración afectaría al heredero y los bienes que integrarían la masa activa del concurso serían todos los que formen parte de su patrimonio y no sólo los que procedan de la herencia, o de la parte de la misma que haya aceptado (74) .

En este sentido, ha de recordarse el ya aludido art. 1003 CC donde se establece que la aceptación pura y simple de la herencia supone que el heredero es responsable de todas las cargas de la herencia y hace frente a las mismas no sólo con los bienes de ésta sino también con los suyos propios (75) . Por otra parte, esta forma de aceptar la herencia daría lugar a la concurrencia de los acreedores del heredero y los del causante, que tratarán de obtener satisfacción sobre el mismo patrimonio.

Si la herencia se acepta a beneficio de inventario, los bienes que integran la misma pasan a ser de la titularidad del heredero pero como un patrimonio separado. Por ello, el art. 1023 CC señala que, en este caso, el heredero no está obligado a hacer frente a las cargas de la herencia y conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto. En consecuencia, si con los bienes integrantes de la herencia no es posible hacer frente a las cargas que pesan sobre la misma, procederá la declaración del concurso de la herencia, a pesar de que ese patrimonio sí tiene titular, el heredero. En este supuesto la masa activa está integrada, únicamente, por los bienes y derechos que formen parte de la herencia (76) .

En este apartado nos parece interesante aludir a una opinión doctrinal (77) conforme a la cual, así como procede el concurso de la herencia cuando ésta ha sido aceptada a beneficio de inventario, lo mismo debería ocurrir cuando se trate de una aceptación pura y simple mientras no haya concluido el proceso hereditario. En apoyo de esta postura no se puede alegar el art. 1.2 LC, pero sí otros preceptos del mismo texto legal, como son los arts. 40.5 y 182. Ello, entiende, porque en ese supuesto se mantiene la separación patrimonial, no desde el punto de vista sustantivo, pero sí desde el funcional.

Como norma específica para el concurso de la herencia, el art. 40.5 LC establece que «en caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación». Esto implica que una vez declarado el concurso de la herencia, los administradores nombrados por el Estado, los albaceas o los administradores legalmente previstos para casos especiales o nombrados por el juez, no pueden ejercer actividad alguna (78)

3.3.2. Personas jurídico-públicas

La regla general, contenida en el párrafo 1 del art. 1 LC, encuentra otra excepción en las entidades públicas, quienes aun teniendo personalidad jurídica carecen de capacidad concursal (79) .

El hecho de que la ley contenga esta excepción implica que las entidades públicas también pueden encontrarse en situaciones que justificarían su declaración en concurso para resolver la crisis (80) . Ante esta posibilidad, y precisamente para evitar dicha declaración, el párrafo tercero lo que hace es excluir (81) del ámbito del concurso a una serie de entidades públicas.

La enumeración contenida en la ley ha de interpretarse en sentido restrictivo (82) ya que se trata de una excepción, y ello a pesar de que esa enumeración no coincide exactamente con los tipos de administraciones públicas reconocidas por el derecho (83) .

El fundamento de esta excepción (84) se ha situado en el art. 103 de la Constitución, donde se dice que la Administración Pública está al servicio objetivo de los intereses generales (85) . Para proteger estos intereses, la ley impide que a través del concurso se pueda llegar a la extinción de la administración pública deudora. Sin embargo, no todas las formas de personificación pública buscan la consecución del interés público. Es posible que el fin de las mismas sea la obtención de un lucro a través de la producción o mediación de bienes y servicios. En estos supuestos se destruiría el fundamento de la exclusión y habría que entender que sí procede su declaración en concurso (86) . No obstante, en la realidad no está muy extendida la

práctica de aplicar normas concursales a las empresas públicas, ya que se suele optar por otras soluciones para las situaciones de crisis, al margen de las concursales (87) . En definitiva, es el elemento teleológico el que determina la capacidad concursal de los sujetos públicos.

III. EL CONCURSO DE SOCIEDADES

1. El concurso de las sociedades mercantiles

Si bien la regulación de la quiebra se realizaba tomando como punto de referencia al comerciante individual, esta situación tenía que cambiar dado que el supuesto más frecuente de concurso es el de la persona jurídica y, en particular, el de las sociedades mercantiles (88) . Por ello la Ley Concursal abandona el modelo, como deudor, del comerciante individual (89) para prestar especial atención a esas otras realidades. La propia Exposición de Motivos establece que «especial atención dedica la ley a los supuestos de concurso de persona jurídica y a los efectos que en este caso produce la declaración, materia de gran importancia, como corresponde a la que estos entes y, fundamentalmente, las sociedades revisten en el moderno tráfico (90) ».

La ley no dedica un apartado particular al concurso de las personas jurídicas. No hay que olvidar que el principio de unidad implica que el procedimiento en ella previsto es aplicable a todo tipo de deudores. De ahí la importancia de la flexibilidad del procedimiento que va a permitir que la institución concursal pueda resolver situaciones de crisis en sujetos con intereses dispares (91) .

Las sociedades mercantiles son susceptibles de ser declaradas en concurso en la medida en que gozan de personalidad jurídica, cumpliendo así el requisito básico enunciado en el art. 1 de la LC. Las sociedades mercantiles tienen la condición de persona jurídica en todo caso, aunque en función del tipo concreto de sociedad mercantil variará su grado de personificación.

Dentro de las especialidades del concurso de sociedades, merece atención la relativa a la legitimación para solicitar el mismo (92) . La declaración de concurso de una sociedad, al igual que la de cualquier deudor, puede ser solicitada, conforme al art. 3.1 LC, tanto por el propio deudor como por cualquiera de sus acreedores dentro de los que pueden figurar los socios (93) . Conforme al párrafo segundo del art. 3.1, cuando el deudor sea una persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación de la misma (94) .

Con lo cual, parece quedar claro que la decisión no corresponde a la Junta.

No es lo mismo estar legitimado para presentar la solicitud de declaración de concurso, que tener la capacidad necesaria para adoptar la decisión de su presentación (95) . Conocer quien tiene esta capacidad, servirá para determinar las responsabilidades correspondientes (96).

Corresponde a los administradores la representación de la sociedad, como así se reconoce en diversas normas societarias. Además, conforme al art. 3 LC, también compete a los administradores (o liquidadores) la capacidad para decidir (96) . Esta solución ha sido cuestionada (97) , criticándose el que se atribuya a los administradores el poder de decisión en una cuestión de tanta transcendencia, que podría conducir a la desaparición de la sociedad en caso de que abra la fase de liquidación. Además esta solución parece contraria a dos normas societarias: el art. 262.5 TRLSA (98) y, sobre todo, el art. 105 LSRL que exige el acuerdo de la junta general para solicitar el concurso (99) . En este sentido, se ha dicho (100) que el hecho de que una sociedad se encuentre en estado de insolvencia actual, no implica que la misma se vea irremediabilmente abocada a solicitar la declaración de concurso, ya que podrían adoptarse diversas medidas para superar dicha situación, medidas que son competencia de la junta general. Por ello no debería adoptarse el acuerdo de presentar solicitud de concurso sin una previa convocatoria de la junta general (101) . Esta solución vendría a coordinar las indicaciones contenidas tanto en la LC como en las normas societarias (102) . Cuestión distinta es que la Junta no adopte el acuerdo correspondiente, por la causa que fuera, en cuyo caso serían los administradores los obligados a realizar dicha solicitud (103) .

Legitimados para solicitar el concurso de las sociedades lo están, también, los socios que sean

personalmente responsables de las deudas de aquéllas (104) . Este supuesto no debe considerarse como de concurso voluntario (105) , ya que aunque quien presenta la solicitud es un miembro de la sociedad, no estaría actuando en nombre de aquélla. Su legitimación se justifica, precisamente, en la protección de sus intereses al brindarles la oportunidad de preservar el patrimonio de la sociedad y, en consecuencia, de reducir el importe de su responsabilidad (106) . En realidad estos socios, al solicitar el concurso de la sociedad, no actúan ni como deudor ni como acreedor (107) .

Esto lo demuestra la propia ley concursal, que alude a ellos al incluirlos dentro de los legitimados, en su art. 3.3, como otro legitimado diferente (108) .

La legitimación que se concede a los socios se hace a cada uno de ellos individualmente, es decir, para que proceda la declaración de concurso no se precisa un acuerdo de todos ellos o una ratificación de la solicitud (109) .

En la regulación de la legitimación de los socios se aprecia un defecto de técnica jurídica. Así, mientras que cuando la solicitud se presenta por el deudor se le exige que acredite su endeudamiento y su estado de insolvencia (art. 2.3 LC) y cuando lo presentan los acreedores se les pide que fundamenten su solicitud en la concurrencia de determinados hechos (que aparecen mencionados en el art. 2.4 LC), si procede de los socios personalmente responsables no se exige la acreditación del presupuesto objetivo del concurso (110) .

La declaración de concurso de una sociedad no se extiende a sus socios, ni siquiera cuando se trate de socios personalmente responsables de las deudas sociales. La declaración sólo afecta a la sociedad, que es la que se encuentra en estado de insolvencia, y no se extiende a los socios, que pueden ser solventes. Conforme al art. 48.5 LC, «durante la tramitación del concurso de la sociedad, la acción contra el socio o socios subsidiariamente responsables de las deudas de ésta anteriores a la declaración del concurso corresponderá a la administración concursal y, subsidiariamente, en el supuesto previsto en el apartado cuarto del art. 54, a los acreedores, no pudiendo ejercitarla hasta la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio social (111) » . En estos casos, los derechos que corresponderían a los acreedores sociales contra los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad, se atribuyen a la administración concursal, que debe actuar en las condiciones legalmente establecidas (112) . Lo que sí reconoce la ley, en su art. 25, es la posibilidad de acumular al concurso de una persona jurídica, los concursos ya declarados de sus miembros, que sean responsables personalmente de las deudas de la sociedad.

2. El concurso de la sociedad en formación

2.1. Consideraciones generales

Las sociedades mercantiles se constituyen mediante el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil. Son, pues, dos los actos fundamentales en la creación de una sociedad: uno de carácter jurídico privado, el negocio fundacional, y otro jurídico público, la inscripción (113) , que marcan los momentos inicial y final del proceso de formación de la sociedad. Como proceso, existe un espacio temporal entre ellos durante el cual, manteniéndose la voluntad de inscribir la sociedad, pueden llevarse a cabo operaciones sociales, a las que se reconoce algún efecto. Estamos ante la denominada sociedad en formación, que no constituye un tipo específico de sociedad pero si presenta singularidades de régimen jurídico (114) .

La sociedad en formación aparece reconocida en el art. 15 TRLSA (115) . En el derecho anterior la mayor parte de la doctrina entendía que sin inscripción no había sociedad anónima, ni de ningún otro tipo, tomando como apoyo los arts. 7 y 28 LSA, reguladores de la actuación de los promotores en la fase previa a la inscripción. El legislador no reconocía la existencia de una realidad societaria en ese período, simplemente se limitaba a establecer un determinado régimen de responsabilidad en relación a quienes actuaran en nombre de una sociedad, que no quedaría constituida hasta su inscripción. En la doctrina se encontraban diferencias en el sentido de reconocer o no efectos internos al negocio fundacional. La consecuencia de negar efectos externos implicaba, a su vez, la negación de la existencia de un patrimonio común antes de la

inscripción. También llevaba a no admitir la posibilidad de reconocer la sociedad irregular (116) . El tratamiento que en la LSA se contenía para este período en la formación de la sociedad anónima fue considerado insatisfactorio por la doctrina (117) .

En el derecho vigente la situación parece haber cambiado de forma considerable. Hasta la inscripción está claro que no nace una sociedad anónima, pero eso no implica que haya que entender que no existe sociedad (118) . La nueva normativa permite una interpretación superadora de la concepción contractualista de la fase previa, siendo preciso entender que ya en ese momento existe una realidad societaria, tanto en el ámbito interno como en el externo (119) . De innovadora se ha calificado, en relación con el derecho comparado, la regulación por nuestra ley de la sociedad en formación.

Son diversos los argumentos que se aducen para justificar la oportunidad del reconocimiento legal de la sociedad en formación. Desde un punto de vista funcional, el permitir que una sociedad pueda actuar en el tráfico antes de su inscripción en el Registro, permite satisfacer los intereses de los socios y de los acreedores, ya que estos últimos van a contar con el patrimonio de la sociedad como garantía del cumplimiento de las obligaciones que se hubieran constituido en nombre de la misma en su período de formación. Desde un punto de vista de lógica jurídica, supone aceptar el carácter de proceso que tiene la formación de las sociedades de capital. Incluso se habla de razones constitucionales, tomando como referencia el art. 22 de la Constitución, que podría amparar el derecho a la creación de una sociedad mercantil (120) .

La sociedad en formación tiene personalidad jurídica. En los arts. 15 y 16 TRLSA se habla claramente de sociedad, de socios (121) .

El primer párrafo del art. 15 determina quiénes son responsables de los actos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción. Se trata de actos realizados en el ámbito de las relaciones externas de la sociedad, actuaciones en nombre de la sociedad realizadas en el tráfico (122) . La responsabilidad por estos actos recae solidariamente sobre quienes los hubieran celebrado, salvo que su eficacia se condicione a la inscripción y, en su caso, posterior aceptación de los mismos por parte de la sociedad. El párrafo segundo faculta a los administradores para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos en el supuesto en que coincidan la fecha de comienzo de las operaciones y la del otorgamiento de la escritura fundacional. En este caso la responsabilidad se atribuye a la sociedad en formación y a los socios. Conforme al párrafo tercero del mencionado art. 15 TRLSA, la responsabilidad de los socios cesa una vez que se culmina el proceso de formación de la sociedad con su inscripción, ya que a partir de ahí la sociedad quedará obligada por todas las actuaciones (123) previstas en el párrafo segundo. Por último, el párrafo cuarto prevé que en el caso de que el valor del patrimonio social, sumado el importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, se obliga a los socios a cubrir la diferencia (124) .

2.2. El concurso

Cuando hablamos de sociedad en formación hacemos referencia a una sociedad que está realizando los actos necesarios para su regular constitución como sociedad anónima (o de responsabilidad limitada). En ese proceso de formación no puede ser considerada como sociedad anónima ya que no se ha inscrito en el Registro Mercantil. No obstante, el TRLSA reconoce que existe una realidad societaria y, por tanto, con capacidad jurídica, con lo cual, podría contraer deudas. Si esto es así, es posible que en un determinado momento pueda encontrarse en una situación de insolvencia. Teniendo esto en cuenta, la siguiente cuestión a dilucidar es la de si la sociedad en formación tiene o no capacidad concursal. Si se considerara que la tiene surge otro interrogante posterior, el de determinar cuáles son las normas reguladoras de dicho concurso, si las aplicables a la sociedad irregular o si se debe adaptar a la LC el contenido de las normas establecidas para el período de constitución, en función del tipo de acto o contrato en que tenga origen cada deuda (125) .

Como se ha dicho (126) , estimo que acertadamente, tanto las sociedades en formación como las sociedades irregulares deben entenderse incluidas en el supuesto de la sociedad no inscrita declarada en concurso, a que alude el art. 24.2 LC, no importando a este efecto la voluntad de

no inscribirse.

A continuación correspondería resolver la cuestión antes planteada, de qué normas aplicar al concurso de la sociedad en formación. Si se aplican las normas que regulan las responsabilidades por las deudas sociales que se contraigan en la fase de formación, sería fundamental para los acreedores, en orden a sus garantías, la calificación que se dé al acto que se realice. En todo caso, los socios de la sociedad en formación resultarían beneficiados. En el otro supuesto, es decir, entendiendo aplicables las normas que regulan las sociedades irregulares, habría que estar a la normativa que regula las sociedades civiles o colectivas. En defensa de la segunda opción se señala que no se aplica el régimen de la sociedad en formación porque éste está pensado para una sociedad que se inscribe, y sólo cuando esa inscripción se produce, se atribuyen las responsabilidades contraídas en la forma prevista legalmente. Con esta postura encuentran una tutela más adecuada los acreedores. No cabe como argumento en contra, el que con la declaración del concurso se produce la inscripción en el Registro Mercantil, ya que esta inscripción es una inscripción especial que no produce los efectos correspondientes a la inscripción regular de la sociedad (127) sino que simplemente trata de dar publicidad a la situación del concurso. Tampoco puede olvidarse el componente personal de esta sociedad ya que no se produce una auténtica despersonalización de la organización, la cual, sólo puede tener lugar con la inscripción (128) .

En el concurso de la sociedad en formación, la legitimación para la solicitud del mismo debe entenderse que también alcanza a sus socios (129) .

MORILLAS JARILLO (130) califica la declaración en concurso de una sociedad en formación como de un tipo de frustración del proceso de fundación de la sociedad, por un lado, porque al estar ya inscrita difícil es que pueda concluir el proceso de constitución de la sociedad, por otro, porque el registrador sólo accederá a inscribirla si los socios realizan aportaciones suplementarias para reequilibrar patrimonio y capital.

3. El concurso de la sociedad irregular

3.1. Consideraciones generales

Al igual que en el supuesto de la sociedad en formación (131) , no es nuestro propósito llevar a cabo un estudio exhaustivo de la sociedad irregular, lo que no nos exonera de ciertas referencias generales a la misma, que resultan imprescindibles al objeto de nuestro trabajo.

Nosotros vamos a trabajar con la normativa contenida en el TRLSA, ya que el legislador español ha optado por contemplar la figura de la sociedad irregular, no dentro de la teoría general de sociedades, sino al regular un determinado tipo social, la sociedad anónima (132) . Por tanto, habría que entender que esta norma sería aplicable al supuesto en que lo que se pretendía crear por los socios fuera una sociedad anónima (133) . Norma que también es aplicable a la sociedad comanditaria por acciones y a la sociedad de responsabilidad limitada en virtud de los arts. 152 CCo y 11 LSRL. En cualquier caso, la opción acogida por nuestro legislador no parece la más adecuada. Inadecuación que parece haber sido tenida en cuenta ya que en la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles se hace referencia a este fenómeno dentro de las Disposiciones Generales, arts. 39 y ss., aludiendo a ella como a la sociedad mercantil no inscrita.

El art. 7 TRLSA dice que «la sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica» (134) . En consecuencia, la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución es requisito imprescindible para la constitución de una sociedad anónima (135) (y de cualquier sociedad mercantil). De ahí la imposibilidad de reconocer la existencia de una sociedad anónima no inscrita (136) . Cosa bien diferente es que en el tráfico nos encontremos con realidades que operan en el mismo como si se tratara de verdaderas sociedades sin estar inscritas (137) . Su actuación afecta a diversos sujetos, entre los que destacamos los terceros que se relacionaron con ellas, cuyos intereses pueden resultar gravemente perjudicados. Esta situación no puede ser desconocida por el derecho, por ello se hace necesario adoptar alguna solución y eso es, precisamente, lo que hace el TRLSA en su art.

16 (138) , donde reconoce la existencia de una sociedad, aunque no sea una sociedad anónima (139) . Con el reconocimiento de la sociedad irregular se pretende proteger los intereses de terceros que contrataron con esas entidades como si hubieran estado legalmente constituidas (140) .

La sociedad irregular (141) no ha tenido idéntica consideración a lo largo del tiempo. La denominada teoría clásica, defendida por GARRIGUES (142) , entendía que esta realidad carecía de personalidad jurídica y que los contratos celebrados a su nombre eran inválidos. En lo relativo al aspecto interno, se decía que no se había creado ningún vínculo entre los pretendidos socios. Esta teoría, que podía ser acorde tanto con el CCo como con las Leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada de 1951 y 1953, planteaba importantes problemas (143) . Cabe destacar el de resultar claramente perjudicial para los acreedores sociales, en la medida en que de las obligaciones que hubiera podido contraer la sociedad que no ha cumplido los requisitos formales responderá, no el patrimonio de la misma, sino el de sus gestores. En este sentido, hay que tener en cuenta que la ausencia de personalidad jurídica impide el reconocimiento de autonomía patrimonial de la sociedad respecto al patrimonio personal de los socios. Se dice (144) que el exceso de esta postura parte de un prejuicio acerca de lo que supone la falta de personalidad jurídica. Se daría a la personalidad jurídica un alcance sustantivo que no tiene, ya que es un concepto puramente instrumental. Tampoco tendría sentido desde el punto de vista registral, ya que si con la inscripción se pretende hacer pública la constitución y existencia de la sociedad, en estos supuestos, aun faltando la inscripción, publicidad legal, existe una publicidad de hecho (145) .

Mayor número de defensores ha tenido la tesis que propugna el reconocimiento de personalidad jurídica (146) . En este ámbito se proponía la conversión de la sociedad anónima, que no había sido inscrita, en una sociedad de otro tipo: sociedad colectiva o sociedad civil, dependiendo del objeto. Máximo exponente de esta teoría es el profesor GIRÓN TENA (147) . Con ella se daba solución a un importante problema: el de la necesidad de proporcionar un régimen jurídico a las entidades que actuaban en el tráfico pero que no tenían intención de inscribirse. Para este autor no era admisible la sanción de nulidad a que conducía la teoría clásica, ya que la misma únicamente sería aplicable cuando el contrato produce efectos sólo entre las partes. Este no es el caso, ya que en el tráfico jurídico se ha actuado en nombre de una entidad, que no está inscrita, y así se aceptó por terceras personas. Por otra parte, la publicidad que se trata de conseguir a través de la inscripción en el Registro Mercantil, se ha logrado a través de la publicidad de hecho (148) . En consecuencia, perdería sentido sancionar con la nulidad la actuación de la sociedad no inscrita por falta de la misma.

Dados los requisitos de forma establecidos para la constitución de las sociedades anónimas, no era posible hablar de sociedad anónima irregular, por ello, se optó por la conversión en alguno de los dos tipos de sociedades mencionados. La sociedad colectiva es la forma social básica, en la que el régimen de responsabilidad de sus socios es especialmente riguroso. En todo caso, se trataría de una colectiva irregular, lo cual lleva como consecuencia que los pactos estatutarios no serán oponibles a terceros de buena fe (149) . La opción de la conversión es la que hoy aparece recogida en el TRLSA. Por tanto, la sociedad irregular, puede afirmarse, tiene en nuestro derecho reconocida personalidad jurídica (150) .

Esta misma línea parece seguirse en la jurisprudencia, donde se pasó de no reconocer personalidad jurídica a la sociedad irregular a admitir la teoría de la conversión (152).

En todo caso bien puede afirmarse, con FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (151) , que el fenómeno de la sociedad irregular es un problema de palpitante vigencia y actualidad.

Existe sociedad irregular cuando se verifique la voluntad de no inscribir la sociedad (152) y, en cualquier caso, transcurrido un año desde que se otorgara la escritura sin haber solicitado la inscripción. El comienzo de las actividades propias de la sociedad sin haber formalizado la inscripción no es, por sí mismo, manifestación de irregularidad. El elemento delimitador de la figura se sitúa en la falta de voluntad de inscribir la sociedad siendo necesario, además, que se haya actuado en nombre y por cuenta de la sociedad no inscrita (153) . Si los socios actúan en nombre propio, nos encontraríamos ante una realidad diferente: la sociedad interna (154) .

La falta de voluntad de constituir la sociedad puede manifestarse de forma expresa o tácitamente (155) . Para evitar problemas de prueba, el propio TRLSA establece un criterio objetivo para determinar la irregularidad: el del plazo de un año (156) , transcurrido el cual sin haber realizado las formalidades necesarias para su constitución, la sociedad se entendería irregular. La mayor parte de la doctrina considera que el transcurso de este plazo actúa como una presunción *iuris et de iure* de irregularidad de la sociedad. Este plazo quedaría interrumpido cuando se presente la solicitud de inscripción (157) , ya que la realización efectiva de la misma no depende de la voluntad de los fundadores sino de factores externos.

Con base en la letra de la ley se ha planteado otra cuestión: la de si sólo puede ser considerada sociedad irregular aquella en la que falta la inscripción pero existe escritura pública de constitución, o lo es también aquella en la que está ausente dicha formalidad, existiendo documento privado o, incluso, cuando el contrato no se ha formalizado por escrito. Ambas posturas encuentran respaldo doctrinal (158) . En defensa de una concepción amplia (159) de la sociedad irregular, se argumenta que otra solución produciría inseguridad al introducir regímenes diferentes a situaciones que se presentan en el tráfico como idénticas. A favor de la exigencia de escritura pública, se esgrime la ubicación del precepto y la referencia expresa que en el mismo se hace a ella. Por otro lado, no cabría comprobar la modificación producida en la voluntad inicial al no existir en nuestro derecho controles administrativos o judiciales previos a la escritura. Se entiende que si no existe escritura, no habría irregularidad en la medida en que no se podría hablar en rigor de sociedad (160) . También se entiende que la escritura podrá ser necesaria para actuar en el tráfico, ya que puede ser exigida por quienes se relacionen con la sociedad para comprobar su existencia (161) .

3.2. Consecuencias de la irregularidad

Nuestro legislador no excluye a estas sociedades del tráfico, simplemente establece determinadas consecuencias para el supuesto de su existencia (162) . En particular, el art. 16 TRLSA señala, en su párrafo primero, que una vez constatada la voluntad de no inscribir la sociedad, cualquiera de los socios tiene la facultad de instar la disolución de la sociedad en formación y exigir la restitución de sus aportaciones previa liquidación del patrimonio social; y en el párrafo segundo, y para el caso en que la sociedad no inscrita hubiera iniciado sus operaciones, reconoce como régimen aplicable a la misma las normas de la sociedad colectiva o de la sociedad civil, en función de la naturaleza de la actividad llevada a cabo por la sociedad.

De la letra de la ley podría deducirse que nos encontramos ante dos supuestos diferentes. El párrafo primero parece referirse, más que a la sociedad irregular, a la sociedad en formación, mientras que el segundo, alude a la sociedad irregular.

Decimos que en el primer supuesto se alude a la sociedad en formación, no sólo porque el legislador la mencione expresamente, sino también porque este supuesto no reúne los dos requisitos que, necesariamente, han de concurrir para la existencia de una sociedad irregular: falta de voluntad de inscribir y actuación de la sociedad en el tráfico como tal. En este sentido se ha dicho que las normas aplicables a la disolución practicada a instancias de cualquier socio legitimado para ello, serían las de la sociedad que se pretendía constituir (163) , lo que se justificaría en el hecho de que al estar ausente la actuación en el tráfico, no es necesaria la protección de terceras personas, que son los grandes beneficiados del régimen jurídico previsto para las sociedades irregulares.

No todos los autores, sin embargo, entienden el párrafo primero de esa manera, con lo cual las consecuencias serán bien diferentes. De hecho, se aducen justificaciones (164) de esa facultad de disolución. Se entiende que dicha facultad permite, garantiza, la voluntad de elección del tipo social al socio. Si al resultar irregular la sociedad no se trata ya de una sociedad anónima sino como una sociedad colectiva, el socio no debiera verse obligado a permanecer en la misma, particularmente aquellos socios que no son responsables de la falta de inscripción (165) . Además, en este supuesto habría que entender aplicables a la disolución las normas de la sociedad colectiva o civil, pues la sociedad sería irregular desde el principio (166) .

En el supuesto en que esa sociedad hubiera iniciado o continúe sus operaciones, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o las de la sociedad civil, según los casos. La aplicación de las normas de la colectiva o de la civil supone una verdadera conversión de la sociedad pactada como anónima en una civil o colectiva a todos los efectos (167) . Ello no supone la imposición de una sanción a los socios. Simplemente, si actúan externamente como sociedad sin cumplir los requisitos necesarios para obtener la limitación de la responsabilidad propia de las sociedades anónimas, se les tratará como una sociedad general.

La expresión *sus operaciones* podría identificarse con operaciones de giro o tráfico. Esta solución parece restrictiva y estimamos más oportuno incluir dentro de aquélla todas las actuaciones que no sean estrictamente necesarias para la inscripción de la sociedad (168) . En el caso en que iniciadas las actuaciones se solicite la disolución al constatarse la irregularidad, a esa disolución habrá que aplicar las normas de la sociedad colectiva (169) , es decir, las propias que integran el régimen jurídico de la irregularidad.

A la hora de delimitar cuándo resultan aplicables las normas de la sociedad colectiva o las de la sociedad civil, se atiende al criterio del objeto social (170) . Esta solución, acogida por el legislador español, se encuadra dentro de la teoría de la conversión dualista (171) . Cosa bien distinta es la de la facilidad o no para determinar el tipo de objeto social, lo cual, lleva incluso a plantear la conveniencia de superar la referencia al objeto y fijarse exclusivamente en el criterio de la forma (172) .

La aplicación a la sociedad irregular de las reglas que regulan la sociedad colectiva o civil implica importantes consecuencias para los acreedores sociales. Por un lado, les beneficia dado que el régimen de responsabilidad previsto para estas sociedades es el más riguroso. Los acreedores sociales cuentan con la responsabilidad subsidiaria de los socios por las deudas sociales. Bien diferente es la situación de los acreedores particulares del socio (173) , que pueden resultar afectados negativamente por esa responsabilidad subsidiaria que asume su deudor como socio. No obstante, la asunción de nuevas obligaciones no es algo que pueda ser evitado por los acreedores.

Por otra parte, lo más correcto parece entender que se aplica el régimen de la colectiva o de la civil de forma íntegra, tanto en el ámbito de las relaciones internas como externas. Ello, aunque pudiera considerarse suficiente en las relaciones externas, que son las que pueden resultar más perjudicadas por la situación de irregularidad, porque no es adecuado separar en una misma sociedad el ámbito externo y el interno. Esto no impide la aplicación de los pactos estatutarios relativos al ámbito interno, lo que llevaría a que en el mismo se aplicarían, en primer lugar, esos pactos y en su defecto los arts. 125 y ss. CCo. Ahora bien, no puede olvidarse, en relación a la oponibilidad de los pactos, que en esta sociedad está ausente la publicidad legal (174) .

El reconocimiento de la personalidad jurídica es ventajoso para los acreedores sociales. La ausencia de personalidad jurídica implicaría importantes problemas de difícil solución tales como, por ejemplo, el de la determinación de quiénes son los socios para poder actuar contra ellos (175) .

Una última consecuencia legalmente establecida para los supuestos de irregularidad se concreta en el hecho de que la posterior inscripción de la sociedad irregular no hace aplicable el párrafo tercero del art. 15. Entenderlo aplicable supondría, señala MORILLAS JARILLO (176) , admitir la posibilidad de burlar la aplicación del art. 16 y conseguir con ello el beneficio de la limitación de responsabilidad para los socios.

3.3. El concurso de la sociedad irregular

3.3.1. Justificación

En nuestra ley concursal no encontramos, a diferencia del Anteproyecto de 1983, una referencia específica al concurso de las sociedades irregulares (177) (178) , lo cual quizá se deba a la innecesidad de la misma (179) .

Conforme al art. 1 LC, requisito fundamental del concurso es la personalidad jurídica del deudor. En consecuencia, la atribución o no de personalidad jurídica a la sociedad irregular es determinante para reconocerle capacidad concursal.

Como ya hemos visto, hoy día la doctrina mayoritariamente admite la personalidad jurídica de la sociedad irregular una vez que se abandonó, prácticamente, la teoría clásica (180) , a lo que contribuyó, indudablemente, la promulgación del TRLSA (181) . Por tanto, se admite su capacidad concursal.

Desde la perspectiva legal, conforme al art. 16 TRLSA, puede afirmarse que la sociedad irregular tiene personalidad jurídica, por lo que hay que reconocerle la posibilidad de ser declarada en concurso. El reconocimiento de la personalidad viene, ya sea porque se configura negocialmente como sociedad externa, ya porque tiene que ser tratada como una sociedad colectiva, sociedad mercantil que tiene reconocida dicha personalidad (182) . En definitiva, conforme a la ley concursal lo importante a la hora de determinar la posibilidad de declarar en concurso a la sociedad irregular depende de que ésta sea o no considerada un sujeto de derecho.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que aunque la Ley Concursal no regula específicamente el concurso de la sociedad irregular, sí encontramos en la misma ciertas referencias, podríamos decir, implícitas. Es el caso de los arts. 24.2 y 105.1.3. Al margen de la Ley Concursal hay otras referencias legales que sirven para apoyar la posibilidad de concurso de la sociedad irregular. Así, el art. 322.3 RRM está reconociendo que una sociedad no inscrita pueda ser declarada en concurso, por tanto, está aludiendo a la sociedad irregular (183) .

El hecho de que tanto de la doctrina como de la legislación se pueda entender admisible el concurso de la sociedad irregular, ha llevado a calificar como correcta la falta de referencia en la Ley Concursal al concurso de estas sociedades (184) .

El reconocimiento de personalidad a la sociedad irregular no implica la concesión de un privilegio, en particular cuando esa personalidad no implica autonomía patrimonial, limitación de responsabilidad, ni perjuicio para terceros (185) . Los terceros son los realmente beneficiados, dado que esta opción defiende mejor sus derechos ya que pueden dirigirse contra el patrimonio de la sociedad irregular y, además, cuentan con la responsabilidad subsidiaria de los socios. Por tanto, también desde el punto de vista de los intereses de los acreedores la admisibilidad de la declaración de concurso de la sociedad irregular estaría justificada (186) . Es la seguridad del tráfico jurídico la que resulta protegida con esta posibilidad.

Si hasta ahora hemos aludido a la capacidad concursal pasiva de la sociedad irregular, es preciso reconocerle además la capacidad concursal activa, es decir, la posibilidad de solicitar su concurso voluntario ya que se trata de un sujeto de derecho más. Solicitud que, conforme al art. 3.3 LC, puede ser presentada por los socios de la misma en la medida en que son personalmente responsables de las deudas de la sociedad (187) .

3.3.2. Particularidades del concurso de la sociedad irregular

a) Inscripción de la sociedad irregular tras su declaración en concurso

Conforme al art. 24.2 LC, «si el deudor fuera sujeto inscribible en el Registro Mercantil, se inscribirán en éste las mismas circunstancias expresadas en el apartado anterior, practicándose previamente la inscripción del sujeto cuando ésta no constase». En consecuencia, el hecho de que la sociedad irregular sea declarada en concurso, conlleva la inscripción de la misma (188) . Inscripción necesaria para poder, a su vez, inscribir las circunstancias mencionadas en la ley. Esta inscripción encuentra su justificación en la necesidad de dar publicidad a la declaración en concurso de la sociedad irregular a los acreedores de la misma y a otros terceros que, de otra forma, difícilmente podrían llegar a conocer. Para que estos datos puedan hacerse públicos a través del Registro, es precisa una primera inscripción del sujeto al que se refieren. Al tratarse de una sociedad irregular, por definición, falta esa inscripción y lo que se hace es suplirla. La previa inscripción de la sociedad irregular no es algo que se exija *ex novo* en la nueva ley. Ya el RRM desde 1989 venía haciéndolo.

Esta inscripción no es la propia constitutiva de una sociedad mercantil. En este sentido, hay que destacar que la misma se practica en virtud de mandamiento judicial, tal y como se establece en el art. 24.5 LC. No se inscribe la escritura de constitución que, por otra parte, no tiene por qué existir en el caso de las sociedades irregulares (189) . De esto deriva una importante especialidad: al no existir escritura pública, se está prescindiendo de un importante control de legalidad. Además, falta también la calificación registral, con lo que se elimina otro importante elemento de control. Por otra parte, si tenemos en cuenta los datos que, conforme al 322.3 RRM deben constar en el mandamiento judicial, es obvio que en la inscripción no constan todos los datos que el art. 209 del mismo texto legal exige para la primera inscripción de una sociedad colectiva. De las circunstancias de no practicarse en virtud de escritura, de que no existe calificación y de no contener las menciones exigidas para una primera inscripción, deriva el que no se trate de una verdadera inscripción (190) . Es un simple trámite que debe de cumplirse para que pueda quedar constancia de la declaración del concurso y puedan acceder al registro todos los datos legalmente exigidos. En definitiva, la inscripción no implica regularización de la sociedad irregular (191) .

Al no tratarse de una inscripción en sentido propio, hay quien entiende que una vez concluido el concurso de la sociedad irregular, conforme al art. 325 RRM, habría que cancelar los asientos relativos al mismo lo que llevaría, a su vez, a la cancelación de los asientos relativos a la sociedad (192) .

b) Propuesta anticipada del convenio

Dentro de las medidas legales dirigidas a facilitar la solución del concurso se incluye la posibilidad de presentar propuesta anticipada de convenio, que permite el ahorro de trámites en la fase común reduciendo la duración del procedimiento. Esta opción aparece excluida para las sociedades irregulares, en virtud de lo establecido en el art. 105.1.3.º LC, donde se enumeran una serie de prohibiciones a la posibilidad de presentar esta propuesta. En particular, se prohíbe a quienes no figuren inscritos en el Registro Mercantil *cuando se trate de persona o entidad de inscripción obligatoria*, con lo cual, no cabe duda de que en esa referencia han de entenderse incluidas las sociedades irregulares (193) .

La opción del legislador de excluir a las sociedades irregulares de la posibilidad de proponer convenio anticipado ha sido recibida de manera distinta por nuestra doctrina. Por un lado están quienes muestran su disconformidad (194) argumentando que esta prohibición es contraria a una institución que se presenta como beneficiosa, tanto en términos temporales como económicos. Con ella se estaría perjudicando a los acreedores por una cuestión imputable sólo al deudor. Otro de los argumentos es el de que no tiene sentido prohibir la propuesta anticipada cuando sí se permite proponer el convenio en un momento posterior.

En el otro extremo están quienes estiman adecuada la solución legislativa (195) . Entre los argumentos a favor de la misma se aduce el de que la tramitación escrita de las adhesiones se presta a todo tipo de maniobras, que pueden llegar a ser fraudulentas y que, parece, no existen cuando se celebra la junta. Los acreedores no disponen en ese momento de la información necesaria para formarse un juicio adecuado. No pueden saber cuál es la situación patrimonial verdadera del concursado. No hay que olvidar que nos encontramos ante una sociedad irregular, es decir, una sociedad que ha optado por no dar a conocer sus datos. Por tanto, hasta el informe de la administración concursal, los acreedores no pueden conocer aquella realidad. Se dice también que esta norma no ha de ser considerada como una sanción, pero si la sociedad no quiere publicar su realidad no hay por qué fiarse de ella tanto como para llegar a votar esa propuesta anticipada, lo que supone una votación a ciegas.

Cuestión a determinar es la de cuándo ha de tenerse en cuenta la falta de inscripción a efectos de aplicación de la prohibición. Se han apuntado diferentes momentos. Para unos la irregularidad debe existir en el momento de la declaración del concurso (196) . Para otros, el momento es el de la solicitud del concurso (197) .

c) Calificación del concurso

La sección de calificación del concurso se formará en los supuestos mencionados en el art. 163 LC. Teniendo en cuenta las características de la sociedad irregular, podría pensarse que en caso de apertura de esta fase en el concurso, la calificación sería siempre la de culpable. Sin embargo, si atendemos a los arts. 164 y 165 del mismo texto legal, no encontramos dentro de las circunstancias que dan lugar a la calificación de culpable, la de la irregularidad.

En definitiva, a la hora de calificar el concurso de la sociedad irregular, habrá que estar a las circunstancias concretas legalmente exigidas y no decidir la culpabilidad por el mero hecho de la irregularidad (198) .

3.3.3. Aspectos comunes del concurso de la sociedad irregular y del concurso de las sociedades colectivas

Si conforme al art. 16 TRLSA, a las sociedades irregulares han de aplicarse las normas de las sociedades colectivas, estas normas también resultarán aplicables cuando del concurso de aquéllas se trate. Esto nos obliga a tener en cuenta cuáles son las particularidades que presenta el concurso de las sociedades colectivas ya que serían aplicables, también, a las sociedades irregulares.

a) Concurso de la sociedad-concurso de sus socios

Una primera cuestión a determinar en el concurso de las sociedades irregulares es la de si para que pueda declararse el mismo es preciso, además de la insolvencia de la propia sociedad, la de todos los socios que respondan subsidiariamente de las deudas sociales. Este problema ya se suscitó durante la vigencia del CCo, en particular, de su art. 923 que establecía que: «la quiebra de una sociedad en nombre colectivo o en comandita lleva consigo la de los socios que tengan en ella responsabilidad solidaria, conforme a los arts. 127 y 148 de este Código, y producirá, respecto de todos los dichos socios, los efectos inherentes a la declaración de la quiebra, pero manteniéndose siempre separadas las liquidaciones respectivas».

En ese momento se proponían dos posiciones diferentes. Una primera exigía, para poder declarar el concurso de las sociedades colectivas, la insolvencia de la propia sociedad y, además, la de todos los socios colectivos. Sólo entonces existiría verdadera insolvencia ya que no sería posible el pago al no ser suficiente la suma de todos los patrimonios responsables de las deudas. Esto exigía que el acreedor se dirigiera, primero contra la sociedad, y si esta no satisfacía la deuda, contra los socios colectivos. Sólo cuando éstos resultaran insolventes se podría solicitar la quiebra de la sociedad. Esto se mostraba conforme con el art. 923 CCo para el que la declaración en quiebra de la sociedad implicaba la quiebra automática de todos los socios.

Una segunda opinión propugnaba la suficiencia de la insolvencia de la sociedad, la insolvencia de su patrimonio, para que la misma pudiera ser declarada en quiebra. El tener que reclamar a todos los socios suponía dificultar la posibilidad de obtener la satisfacción de la deuda. Para sus defensores el art. 923 CCo suponía una doble excepción: sometía a quiebra a quienes no necesariamente eran comerciantes y podía ser declarado en quiebra un no insolvente (199) .

Derogado este artículo (200) , y conforme a la Ley Concursal, se presenta como más apropiada la segunda teoría (201) . VALPUESTA GASTAMINZA apunta tres datos que le llevaron a evolucionar, pasando de ser defensor de la primera postura a serlo de la segunda. Primero, que el concurso se aplica tanto a las insolvencias actuales como a las inminentes, con lo cual, si no es necesario que el deudor, la sociedad, sea insolvente en el momento de la solicitud, menos aún habrán de serlo sus socios. Segundo, que tras la derogación del art. 923 CCo no existe una norma equivalente en la vigente ley, con lo cual no hay que entender que el concurso de la sociedad produce automáticamente el de sus socios colectivos. Por último, el art. 48.5 LC modifica de forma importante el régimen de responsabilidad de los socios colectivos si la sociedad es declarada en concurso. Según él, la acción para exigir responsabilidad social a dichos socios queda en suspenso hasta la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio. Con lo cual, primero hay que agotar el patrimonio social, y cuando se haya llegado a una solución concreta sobre su destino, se puede actuar contra los socios. Parece que la ley no exige que los socios sean insolventes. Por otra parte, durante ese tiempo en que está en suspenso la acción contra

los mismos pueden embargarse sus bienes. La posibilidad de embargo es más que suficiente para evitar la salida de los bienes de los socios de la base de responsabilidad (202) . Con ello se garantiza suficientemente a los acreedores sociales y, por otra parte, se les facilita la reclamación al no tener que dirigirse contra todos y cada uno de los socios para poder solicitar el concurso de la sociedad.

Estamos conformes con esta postura y, por lo tanto, estimamos que no es necesaria la insolvencia de los socios colectivos para que la sociedad irregular pueda ser declarada en concurso. La insolvencia, únicamente, debe afectar al patrimonio social.

b) Acumulación de concursos

El art. 25 LC (203) señala que «en los casos de concurso de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo, la administración concursal, mediante escrito razonado, podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica o de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo. En el segundo párrafo se dice que también podrán acumularse, a solicitud de la administración concursal de cualquiera de ellos, los concursos de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta (204) ». En estos dos párrafos se hace referencia a dos realidades diferentes. Según cual sea la postura que se adopte en torno a la personalidad jurídica de la sociedad irregular, habrá que incluirla en uno o en otro. Como partimos del reconocimiento de su personalidad jurídica, le resulta aplicable el párrafo primero. En consecuencia, sería posible acumular al concurso de la sociedad irregular los concursos ya declarados de sus socios, que respondan subsidiariamente de las deudas de la sociedad.

El hecho de que sea posible acumular el concurso de la sociedad irregular y los de sus socios personalmente responsables de las deudas de la misma, no implica, como sabemos, que la declaración del concurso de la sociedad conlleve la del de sus socios. Se trata de concursos totalmente independientes, que en un momento posterior pueden ser objeto de acumulación. Por tanto, los requisitos objetivos del concurso deben concurrir en la propia sociedad y en cada uno de los socios cuyos concursos se acumulen al de la sociedad.

Para que proceda la acumulación es preciso, conforme al art. 25, que los concursos de los socios ya estén declarados. La petición debe proceder de la administración concursal, no obstante, cualquier interesado puede comunicar a la misma que se ha declarado el concurso de algún socio a efectos de que pueda solicitar la correspondiente acumulación. Aunque la solicitud procede de la administración concursal, la decisión corresponde al juez del concurso (205) .

La acumulación no implica tramitación conjunta (206) , aunque hay determinadas cuestiones comunes que deberán ser resueltas de esta forma, lo que permite una coordinación. Lo que se acumula son los expedientes de distintos concursos declarados. Por tanto, son necesarias tantas declaraciones de concursos como deudores haya (207) .

La admisión de la acumulación tiene transcendencia ya que permite una economía procesal y hace posible que se puedan proponer convenios recíprocamente condicionados (208) .

La acumulación encuentra su justificación en la incidencia que el concurso de la sociedad irregular tiene en el concurso de los socios (209) . Son manifestaciones de esa incidencia, por ejemplo, el hecho de que en el concurso del socio se reconozcan como créditos contingentes a los créditos sociales. Los acreedores sociales pueden solicitar el reconocimiento de su crédito social en el concurso del socio, pero tal reconocimiento se hace como crédito sometido a condición suspensiva en tanto que sólo nace si la sociedad no puede satisfacer la deuda social en su concurso. A este supuesto alude el art. 87.5 al señalar que «los créditos que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal se reconocerán como créditos contingentes mientras el acreedor no justifique cumplidamente a la administración concursal haber agotado la excusión, confirmándose, en tal caso, el reconocimiento del crédito en el concurso por el saldo subsistente». A los créditos contingentes

se refiere el art. 87.3 LC, donde se establece que «los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y cualificación». Pues bien, si en el concurso del socio los créditos por las deudas de la sociedad son reconocidos, aunque como contingentes, la acumulación aparecería como adecuada en la medida en que permite una coordinación de los concursos del socio y de la sociedad.

Otra norma particular a tener en cuenta en los supuestos de acumulación es la contenida en el art. 25.4 LC, relativa al condicionamiento recíproco de los convenios conforme a lo previsto en el art. 101. El párrafo segundo del art. 101 señala, para los casos en que la tramitación de los concursos se hubiera acumulado, que «la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros». En definitiva, cuando se acumula al concurso de la sociedad irregular el concurso de los socios de la misma (o de alguno de ellos) la acumulación permite un tratamiento conjunto de los mismos y la adopción de soluciones comunes. No obstante, el condicionamiento a que alude el art. 101 es sólo una posibilidad (210) que actúa como aliciente para la acumulación.

c) La responsabilidad de los socios colectivos

Como ya se apuntó en otro momento, la declaración de concurso de la sociedad irregular (o colectiva) afecta de forma fundamental al régimen de responsabilidad de los socios colectivos. En situaciones normales, y conforme al art. 127 CCo, la acción para exigir responsabilidad a los socios colectivos por las deudas sociales corresponde a cualquier acreedor previa excusión de los bienes de la sociedad. La LC modifica la legitimación para el ejercicio de esta acción en los casos en que la sociedad esté en concurso. Así, sólo puede ejercitarla la administración concursal durante la tramitación del concurso de la sociedad. Con esto se produce un importante cambio, ya que la acción se ejercitará no en beneficio de uno o varios acreedores concretos, sino en beneficio de la masa concursal. Una manifestación de que esa acción se ejercita en interés de la masa la encontramos en el contenido de la ley. El art. 48.5, además de la legitimación de la administración concursal, la reconoce, con carácter subsidiario, a los acreedores sociales para el supuesto previsto en el art. 54.4. En él se señala que los acreedores pueden ejercitar la acción cuando hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de la misma y no se haya ejercitado ni por el concursado ni por la administración concursal en el plazo de dos meses desde el requerimiento. Estas acciones, dice literalmente, se ejercitarán *a su costa en interés de la masa* (211). La acción para exigir la responsabilidad queda, conforme al art. 48.5, en suspenso ya que no se puede ejercitar hasta la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio social. Hasta este momento no se puede conocer si la sociedad es o no insolvente, por tanto, estaría justificada esa limitación temporal (212).

Como la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad es solidaria, llegado el momento es posible dirigirse contra cualquiera de ellos.

Una interesante cuestión que se plantea es la del alcance de la responsabilidad subsidiaria del socio. Está claro que esta alcanza a todas las deudas anteriores a la declaración del concurso. Lo que ya no lo está tanto, es la de si también se refiere a las posteriores a la declaración, que ya son deudas de la masa. Al respecto existen dos posturas.

Una primera teoría defiende la extensión de la responsabilidad a las deudas posteriores a la declaración del concurso (213). Para defender esta tesis se aducen argumentos tales como que ante el silencio legal y el hecho de que la sociedad continúa actuando a pesar de la declaración del concurso, habría que sostener la perpetuación de la responsabilidad y la conservación del mismo régimen jurídico de responsabilidad. Otro de los argumentos mencionados es el art. 225 CCo, donde se señala que el socio que se separa de la sociedad no puede impedir que se concluyan las negociaciones pendientes del modo más conveniente a los intereses comunes. De

forma paralela se dice que el socio no podrá dejar de responder de las operaciones pendientes que son las derivadas del concurso de la sociedad.

En el otro extremo están quienes (214) proponen la limitación de la responsabilidad a las deudas anteriores a la declaración del concurso. Entre los fundamentos esgrimidos se encuentra el de que la propia Ley Concursal, en el art. 48.5 habla de socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad anteriores a la declaración del concurso. Se dice que las deudas que se asuman con posterioridad no dependen de la voluntad de los socios ni de su gestión, lo que choca con el hecho de que la responsabilidad que se atribuye a los socios en las sociedades colectivas está en consonancia con la intervención directa de los mismos en la vida de la sociedad.

d) El socio como acreedor de la sociedad

Es perfectamente posible que los socios de las sociedades colectivas, por diversas circunstancias, sean a la vez acreedores de las mismas. A esta situación se refiere expresamente la Ley Concursal. Así, dentro de los que el art. 92 califica como créditos subordinados se encuentran los créditos de los socios personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales.

IV. EL GRUPO DE SOCIEDADES Y EL CONCURSO

1. Consideraciones generales

En la actualidad nadie duda de la transcendencia que los grupos de sociedades tienen en el ámbito económico empresarial. Tampoco puede desconocerse su importancia cuando quien resulte afectado por una situación de insolvencia sea una de las sociedades que forme parte del mismo. La experiencia muestra que los concursos afectan, en gran medida, a sociedades integrantes de un grupo o a éste en su conjunto (215). En muchas ocasiones, la causa que origina la insolvencia de una sociedad deriva de la pertenencia de la misma al grupo (216). En otras, la insolvencia de una de las sociedades del grupo podría arrastrar a las otras a la misma situación (217).

A pesar de ser esta la realidad, como nos recuerda EMBID IRUJO (218), hay que hablar de una casi total ausencia de normas significativas en relación al relieve concursal de los grupos de sociedades (219). En este marco, la Ley Concursal española supone una excepción, aunque limitada a aspectos parciales.

El grupo no tiene reconocida personalidad jurídica. La personalidad jurídica la tienen las sociedades integrantes del mismo (220) y no el grupo en sí. Por tanto, y conforme al art. 1 LC, el grupo de sociedades no tiene capacidad concursal, no es un ente susceptible de ser declarado en concurso. Las únicas que pueden serlo son las sociedades que lo forman si concurren en ellas los presupuestos legalmente establecidos. No obstante, sí es conveniente aludir a la realidad del grupo en este trabajo, dedicado al estudio del presupuesto subjetivo del concurso, dado que la ley recoge diversos preceptos en los que trata de la incidencia del concurso sobre los grupos.

A pesar de que el grupo no tiene capacidad concursal, se puede entender con EMBID IRUJO (221) que «el grupo es una singular forma de empresa que condiciona, por su funcionamiento conjunto, la trayectoria económica de sus sociedades integrantes, y que, por ello mismo, puede ser el motivo de la insolvencia desencadenante del concurso de una, varias o todas ellas, supuesto este último que bien podría calificarse como concurso de grupo, aunque no desde un riguroso criterio jurídico».

Teniendo en cuenta, además, que el concurso pretende, de forma preferente, satisfacer a los acreedores, es necesario insistir en la importancia que para ellos tiene la existencia del grupo, en particular, en situaciones de insolvencia. La existencia del grupo puede haber influido en el comportamiento de los acreedores en el momento de la concesión de un crédito a las sociedades integrantes del mismo, ya que su pertenencia a éste puede aparecer como una mayor garantía de solvencia de la sociedad deudora (222). Por el contrario, así como la existencia del grupo puede implicar una mayor solvencia, también puede traducirse la situación contraria, que es lo

realmente preocupante en estas situaciones.

En la LC no encontramos un tratamiento sistemático de los problemas que podrían plantearse cuando la insolvencia se produce en el seno de un grupo (223), no se dedica en la ley ningún apartado específico al tratamiento del mismo (224). Sí existen, sin embargo, diversas referencias a lo largo de su articulado (227), referencias que contemplan, básicamente, aspectos procesales (225).

2. El grupo en la Ley Concursal

Cuando se habla de grupo en la LC (226), lo primero que se cuestiona es qué debe entenderse por grupo para el derecho concursal, ya que no encontramos en aquella norma un concepto del mismo (227). Ni siquiera la Ley es coherente a la hora de aludir al grupo, ya que en unos casos se refiere a grupos de sociedades, en otros a grupos de personas jurídicas o a grupos de empresa. Incluso en ocasiones habla de grupo sin más. Esto no debe llevarnos a entender que el legislador está haciendo referencia a realidades distintas, simplemente, demuestra una actuación poco correcta del mismo (228).

En relación con el concepto, el art. 42.1 CCo considera que existe grupo, *cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras* (229). A continuación de esta cláusula general, establece que se presume la existencia de control cuando una sociedad dominante se encuentre en relación con otra en alguna de las situaciones descritas. Es, por tanto, la existencia de control de una sociedad sobre otra u otras, lo que determina la existencia del grupo. Esa idea de control (230), se dice, permite incluir la de la unidad de dirección en el sentido de planificación (231). Con ello parece que la opción acogida por el legislador se refiere a los grupos por subordinación o verticales donde una sociedad es la que ejerce el control sobre las demás integrantes del grupo.

Es preciso dejar constancia de las modificaciones de que ha sido objeto el concepto de grupo de sociedades recientemente en nuestro derecho. El concepto de grupo que hemos reproducido corresponde a la nueva redacción de que ha sido objeto el art. 42 por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (232). Con anterioridad a esta reforma, el elemento determinante de la existencia del grupo se situaba en la unidad de decisión (233). Elemento sobre el que se había logrado una cierta armonización en nuestro derecho (234). Bajo la nota de unidad de decisión pueden englobarse tanto los grupos por coordinación como por subordinación (235), cosa que con la redacción actual no es posible ya que sólo afectaría a los grupos verticales.

Para tratar de determinar el concepto de grupo que puede considerarse incluido en la LC, de los diversos artículos que aluden a esta realidad, el que mejor puede servir a este fin es el art. 3.5 (236) que dice así: «el acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando..., siendo personas jurídicas, formen parte del mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones» (237). En el ámbito concursal se toman en cuenta dos elementos fundamentales para identificar al grupo: la identidad sustancial de los miembros que lo forman y la unidad de decisión. Esto demuestra que la normativa concursal recoge un concepto de grupo más restringido que el del art. 42.1 CCo, tanto en su redacción actual como en la anterior (238). En este sentido hay que recordar que hay quien dice que el concepto que se desprende del art. 3.5 sería sólo aplicable al supuesto previsto en él, mientras que en las demás referencias que en la Ley Concursal se hace al grupo, hay que entender esta realidad en el sentido previsto en el CCo (239).

El requisito de la identidad sustancial de sus miembros no se recogía en la anterior redacción del art. 42.1 CCo, a diferencia de lo que sí ocurría con el de la unidad de decisión. No es fácil determinar el sentido que hay que dar a la expresión identidad sustancial de sus miembros. Se dice que con esa expresión se está haciendo referencia a un grupo centralizado (240), caracterizado, por lo tanto, por la ausencia de diversidad sustancial entre sus miembros. Identidad sustancial no implica identidad personal. Es suficiente con que exista identidad en las personas que supongan la mayoría necesaria para que la junta general pueda adoptar acuerdos

(241) .

El requisito de la unidad de decisión está presente tanto en los grupos por coordinación como en los grupos por subordinación e implica unidad de política empresarial (242) .

Hoy día, al hablar de la existencia de control, se puede entender que el concepto de grupo es más amplio en la medida de que si bien toda unidad de decisión conlleva la existencia de control, puede existir control sin que concorra esa unidad de decisión (243) . No obstante, se propone como más adecuado entender que a efectos procesales de declaración conjunta de concurso de las entidades del grupo, ésta procede cuando una sociedad ostente o pueda ostentar el control sobre otra sin que sea preciso que ese control se manifieste en una unidad de decisión (244) .

3. Referencias normativas concretas

De los diversos preceptos que tienen en cuenta la existencia del grupo hay que mencionar, en primer lugar, el ya aludido art. 3.5 LC, donde reconoce la posibilidad de declaración judicial conjunta del concurso cuando los deudores formen parte de un mismo grupo. Atendiendo al tenor literal del mismo podría pensarse que está reconociendo la posibilidad, al acreedor (245) , de solicitar la declaración conjunta del concurso de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo, siendo suficiente para ello que sean deudoras de un mismo acreedor. Ello podría llevar a que el acreedor solicitara el concurso de sociedades que no se encontrasen en estado de insolvencia. A esta postura se le puede criticar el hecho de estar vulnerando los presupuestos establecidos para que proceda la apertura del concurso, en particular, el presupuesto objetivo, lo que es de todo punto inadmisibles. Por tanto, habría de ser interpretado en el sentido de entender exigible la concurrencia de la insolvencia en todas las sociedades respecto de las que se solicita la declaración en concurso (246) . En apoyo de esta orientación se encontraría la finalidad fundamental, procesal (247) , que tiene la norma y que permite que se tramite en un mismo procedimiento el concurso de varios sujetos que tienen un deudor común. Se mantiene la singularidad de cada uno de los procedimientos no formándose una masa activa y pasiva común, lo que no impide que existan algunos efectos comunes (248) . Además debe quedar claro que el legislador excluye la posibilidad de extensión del concurso de una a otra sociedad integrante del mismo grupo (249) .

Otra de las normas a mencionar es el art. 25.1 LC (250) que regula la acumulación de concursos, permitiendo que en los casos de concurso de la sociedad dominante (251) de un grupo, se pueda solicitar la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo (252) . La LC no reconoce aquí la extensión del concurso de una de las sociedades del grupo a otras, lo que hace es permitir la acumulación de concursos de la sociedad dominante y las dominadas, pero debe tratarse de concursos ya declarados, por tanto se tienen que dar en todas las sociedades los requisitos necesarios para que proceda tal declaración. La acumulación no se produce de forma automática. Ha de solicitarla la administración concursal, que podrá no hacerlo, y concederla el juez. Lo único que se pretende es tramitar todos los procesos ante el mismo juez, pero manteniendo las diferencias. Se trata de una visión conjunta de las circunstancias que han hecho posible la crisis económica de las entidades que integran el grupo (253) .

El no reconocimiento, por parte de la LC, en los supuestos de grupo de la declaración de concurso por extensión se justifica en dos razones: por un lado, porque esta solución es coherente con la intención de eliminar los tradicionales supuestos de declaración de concurso por extensión que existían en la normativa anterior y, por otro, porque esto es también conforme con la ausencia en nuestro país de una regulación jurídica del grupo que permita imputar responsabilidades a la sociedad dominante por el ejercicio de la dirección o coordinación unitaria (254) .

En definitiva, es necesario quedar claro que la aplicación tanto del art. 3.5 como del 25.1 no excluye, en ningún caso, la necesidad de concurrencia del requisito objetivo del concurso en cada una de las sociedades del grupo afectadas (255) .

También hay que mencionar el art. 6.3.4 de la LC donde se exige, para el supuesto en que el

deudor forme parte de un grupo como sociedad dominante o dominada, que acompañe, además de otros previstos con carácter general, los siguientes documentos: las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas y una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante el mismo período. Esta información tiene por finalidad posibilitar la acumulación de concursos, favorecer las operaciones de reintegración de la masa activa o determinar el carácter subsidiario de los créditos que dichas empresas ostentan contra el deudor (256) .

Otras normas a tener en cuenta son, por ejemplo, los arts. 92.5 y 93.2.3, en base a las cuales se puede afirmar que los créditos de los que sean titulares las sociedades pertenecientes al grupo distintas de la concursada, tendrán la consideración de subordinados (257) , con las consecuencias que de ello derivan. Solución ésta, se ha dicho (258) , que introduce importantes cambios para las relaciones del grupo durante la tramitación del concurso. La subordinación implica que la satisfacción de las sociedades del grupo, que sean acreedoras, se verá postergada en relación a los acreedores que no merezcan esta caracterización. Con ello se impedirá que puedan dirigir el procedimiento concursal en una determinada dirección, a diferencia de lo que sí era posible en el derecho anterior.

V. ENTIDADES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

Como venimos insistiendo, la personalidad del deudor es requisito imprescindible para proceder a la apertura del concurso. Esto, unido a la circunstancia de que la ley, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, no regula el concurso de las entidades sin personalidad jurídica (259) , lleva a entender que nuestro sistema no reconoce capacidad concursal a las mismas. Por tanto, la mera titularidad patrimonial no es suficiente para verse afectado por un procedimiento concursal (260) . Sólo podrán acudir al concurso los responsables de las deudas que afecten a ese patrimonio.

Esta falta de capacidad concursal choca con el hecho de que ciertas normas reconozcan la existencia de responsabilidad sin personalidad jurídica (261) . En particular, la LEC, art. 6, atribuye capacidad procesal a distintas realidades sin personalidad jurídica. Hay quien trata de justificar la no coincidencia entre capacidad procesal y capacidad concursal en nuestro ordenamiento. Es el caso de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (262) , quien dice que el reconocimiento de capacidad para ser parte que realiza la LEC no es genérico, ya que atribuye esta capacidad a determinadas realidades a las que otra norma reconoce capacidad procesal; que el concurso, aunque procedimiento especial, constituye un régimen legal que tiene consecuencias de orden sustantivo. Por ello la formulación del presupuesto subjetivo no sólo busca resolver una cuestión procesal, sino tener en cuenta el régimen aplicable al sujeto del concurso, tanto desde la perspectiva de la utilidad de admitir un procedimiento basado en la insolvencia, como para aceptar que sobre el mismo recaigan todos los efectos de la declaración del concurso.

Ante esta situación, en la que el ordenamiento jurídico reconoce cierta capacidad a determinadas realidades carentes de personalidad jurídica, entendemos que debiera de replantearse, al menos, la extensión de la capacidad concursal a las mismas, ya que, aunque carentes de personalidad jurídica, evidentemente son potenciales deudores insolventes, con las consecuencias que la no aplicación del procedimiento previsto en la ley concursal pueda tener para los acreedores afectados por esta situación (263) .

El tema del posible concurso de entes sin personalidad jurídica se trata de una cuestión, como se ha dicho (264) , de actualidad y que está por encima de la Ley Concursal.

En sentido diferente, también existen defensores de la solución legal (265) . Desde el punto de vista procesal impide la iniciación de concursos superfluos. No sería necesario el concurso de la entidad sin personalidad jurídica, ya que los acreedores podrían resultar satisfechos dirigiéndose contra cualquiera de los responsables de las deudas de esa entidad. También esa falta de personalidad jurídica puede cuestionar la virtualidad de algunos de los efectos del concurso.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B., «La Competencia judicial internacional en materia concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. I, Madrid, 2005.

ALCOVER GARAU, G., «La Ley 22/2003, de 8 de julio, Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. I, Madrid, 2005.

ALONSO ESPINOSA, F. J., «La declaración del concurso en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (Estudio Preliminar)»; *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. I, Madrid, 2005.

ALONSO LEDESMA, C., «Sociedad Anónima en formación y prohibición de transmitir acciones antes de la inscripción», *Derecho de Sociedades Anónimas, II, Capital y acciones*. Vol. 2, Madrid, 1994

ALONSO UREBA, A., «La sociedad en formación», *Derecho de Sociedades Anónimas, I, La Fundación*, Madrid, 1991.

— «La unificación subjetiva y la tramitación abreviada del concurso de acreedores», *Estudios sobre la Ley Concursal*, Libro Homenaje a Manuel Olivencia, t. III, Madrid, 2005.

ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., «Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo», *RdS*, 29, 2007-2, págs. 19 y ss.

ALONSO UREBA, A. y VIERA GONZÁLEZ, A. J., «Artículo 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica», *Comentarios a la Legislación Concursal*, t. I, dir. J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOVER GARAU, Madrid, 2004.

BELTRÁN, E., «Artículo 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica», *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, dir. A. ROJO y E. BELTRÁN, Madrid, 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «De los presupuestos del concurso. Artículo 1.º», *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, arts. 1 a 115, Madrid, 2004.

BLANQUER UBEROS, R., «El concurso de los cónyuges en gananciales o impropia el concurso del matrimonio», *RDCP*, 9, 2008

BOLDÓ, C., «El concurso de la sociedad unipersonal», *ADC*, 7, 2006.

BOQUERA MATARREDONA, J., «El concurso de la sociedad unipersonal y del socio único», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005.

CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., «Artículo 15. Sociedad en formación», *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. ARROYO y J. M. EMBID IRUJO, vol. I. Madrid, 2001.

— «Artículo 16. Sociedad Irregular», *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. ARROYO y J. M. EMBID IRUJO, vol. I. Madrid, 2001.

CARLÓN, M., «La falta de capacidad concursal de las administraciones públicas», *Comentario de la Ley Concursal*, t. I; Madrid, 2004.

CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARCALLO, I., *Curso de Derecho Concursal*, Madrid, 2004.

CONTRERAS DE LA ROSA, I., «Efectos básicos de la declaración de concurso sobre el deudor en la nueva Ley Concursal. Especial referencia a la intervención o suspensión y su incidencia en la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005.

CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Pamplona, 2008.

DE EIZAGUIRRE, J. M., «La sociedad nula», *La reforma del Derecho español de Sociedades de Capital*, Madrid, 1987.

— «La subjetivación de las sociedades de personas», *Derecho de Sociedades*, Libro homenaje a Fernando SÁNCHEZ CALERO, vol. I, Madrid, 2002.

DEL GUAYO CASTIELLA, I., «Presupuesto subjetivo. Artículo 1.3», *Comentarios a la Legislación Concursal*, dir. J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOCER GARAU, Madrid, 2004.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Presupuesto subjetivo. Artículo 1.1», *Comentarios a la Legislación Concursal*, dir. J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOCER GARAU, Madrid, 2004.

— «Legitimación. Artículo 3.5», *Comentarios a la Legislación Concursal*, t. I, dir. J. PULGAR EZQUERRA; C. ALONSO LEDESMA; A. ALONSO UREBA y G. ALCOCER GARAU, Madrid, 2004

— «Artículo 25. Acumulación de concursos»; *Comentarios a la Legislación Concursal*, t. I, dir. J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOCER GARAU, Madrid, 2004.

— «Consideraciones sobre el concurso del patrimonio especial para la protección de las personas con discapacidad», *RCP*, núm. 1, 2004, págs. 43 y ss.

— «El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español»; *Derecho de Sociedades*, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, vol. V, Madrid, 2002.

EMBID IRUJO, J. M., «Perfiles, grados y límites de la responsabilidad jurídica en la Ley de Sociedades Anónimas», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, Valencia, 1995.

— «Grupos de Sociedades y Derecho Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005.

— «Sobre el concepto y significado del grupo de sociedades en la Ley Concursal», *RCP*, 4, 2006, págs. 65 y ss.

— «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español», *RdS*, 30, 2008-1.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia. Una aproximación civilística a la Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ CARRÓN, C., *El Tratamiento de la Insolvencia de las Personas Físicas*, Pamplona, 2008.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «La sociedad anónima irregular»; *Derecho de Sociedades Anónimas*, I, *La Fundación*, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ NOVOA, C., «El Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. I, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., «La propuesta anticipada de convenio en la Ley Concursal», *RDM*, 2004, núm. 251

FERRÉ FALCÓN, J., «El grupo de sociedades y la declaración de concurso en la nueva normativa concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005.

FORNIÉS BAIGORRI, A., «Sociedad civil-Sociedad mercantil. La determinación del carácter civil de la sociedad y normativa aplicable», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Manuel Broseta Pont*, t. II, Valencia, 1995

GALÁN CORONA, E., «Consideraciones sobre el denominado "convenio anticipado" en la Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal*, Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. IV, Madrid, 2005.

GARCÍA RUBIO, M. P., «De los efectos de la declaración de concurso, Artículo 48», *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, *Arts. 1 a 115*, Madrid, 2004

GARCÍA VIDAL, A., «La legitimación para solicitar la declaración de concurso de las sociedades mercantiles», *Estudios sobre la Ley Concursal*, Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. I, Madrid, 2005.

GARCÍA VILLAVERDE, R., «El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Madrid, 2002.

GARNICA MARTÍN, J., «Artículo 25», *Comentarios a la Ley Concursal*, dir. J. M. SAGRERA TIZÓN, A. SALA REIXACHS y A. FERRER BARRIENTOS, t. I, Barcelona, 2004.

GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, I, 7.ª ed. 1976.

— «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 142, octubre-diciembre, 1976.

GIRÓN TENA, J., «Las sociedades irregulares», *ADC*, 1951.

— *Derecho de Sociedades Anónimas*. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de Valladolid, Valladolid, 1952.

— *Derecho de Sociedades Anónimas, I, Parte general, Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., «De los presupuestos del concurso. Artículo 3», *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Madrid, 2004

HIDALGO GARCÍA, S., «Presupuesto subjetivo», *Comentarios a la Legislación Concursal*, t. I, Valladolid, 2004

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., «Presupuestos subjetivo y objetivo del concurso: algunas consideraciones de técnica y política legal», *La Reforma de la Legislación Concursal*, Madrid, 2004.

ILLESCAS, R., «La persona física concursada: sistemática y normas particulares comunes», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005.

LA CASA GARCÍA, R., «Algunas cuestiones sobre el concurso de las asociaciones», *ADC*, 6, 2005.

LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, I, Barcelona, 1950.

— «La compañía mercantil irregular», *RDM*, 25, 1950.

LÓPEZ SANTANA, N., «Observaciones en torno a la posibilidad de concurso de la sociedad irregular», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005.

MARTÍN REYES, M. A., «La irregularidad de la sociedad unipersonal: una propuesta de interpretación», *Derecho de Sociedades*, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, IV, Madrid, 2002,

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Hacia un nuevo Derecho Concursal: su necesaria unidad», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. I, Madrid, 2005.

MERCADAL VIDAL, F., «De la declaración del concurso», *Comentarios a la Ley Concursal*, 1, coord. J. M. SAGRERA TIZÓN, A. SALA REIXACHS y A. FERRER BARRIENDOS, Barcelona, 2004.

MORILLAS JARILLO, M. J., «La sociedad irregular», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Valencia, 1995.

— *El concurso de las sociedades*, Madrid, 2004.

OTERO LASTRES, J. M., «Reflexiones sobre el principio de "unidad" en la nueva Ley Concursal». *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. I, Madrid, 2005.

PAZ-ARES, C., *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, 1993.

PEÑAS MOYANO, B., «Concurso de consumidores», *RCP*, núm. 8, 2008, págs. 229 y ss.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «Presupuesto subjetivo. Artículo 1.2», *Comentarios a la Legislación Concursal*, dir. J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOCER GARAU, Madrid, 2004.

— «Legitimación. Artículo 3.4», *Comentarios a la Legislación Concursal*, t. I, dir. J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA; A. ALONSO UREBA y G. ALCOVER GARAU, Madrid, 2004

— «El concurso de la herencia»; *RCP*, 1, 2004, págs. 53 y ss.

PINO ABAD, M., «La discutida personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no inscritas»; *CDC*, 29, 1999.

PULGAR EZQUERRA, J., «Artículo 7. Solicitud del acreedor y de los demás legitimados», *Comentarios a la Legislación Concursal*, t. I, dir. J. PULGAR EZQUERRA; C. ALONSO LEDESMA; A. ALONSO UREBA y G. ALCOVER GARAU, Madrid, 2004.

— «Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del Bienestar», *RDCP*, 9, 2008, págs. 45 y ss.

ROJO, A., «Los Grupos de sociedades en el Derecho español», *RDM*, núm. 220, 1996, págs. 457.

«Presupuesto subjetivo», *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, dir. A. ROJO y E. BELTRÁN, Madrid, 2004.

— *El convenio anticipado*, Madrid, 2004

ROJO, A. y ORDUÑA, F. J., «La capacidad concursal de la herencia», *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004.

RONCERO SÁNCHEZ, A., «De la declaración de concurso. Artículo 3. Legitimación», *Comentarios a La Legislación Concursal*, dir. J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOVER GARAU, Madrid, 2004.

RUIZ PERIS, J. I., «Concurso y empresas económicamente vinculadas», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005.

SACRISTÁN REPRESA, M., «El convenio anticipado en la LC (notas sobre su régimen jurídico específico)»; *Estudios sobre la Ley Concursal*, Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. IV, Madrid, 2005.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., «El concepto de grupo en la Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *Comentarios a la Legislación Concursal*, t. I, Valladolid, 2004.

— «El presupuesto subjetivo en la Ley Concursal»; *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, t. I, Madrid, 2005.

— «Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades», *ADC*, 5, 2005.

VALPUESTA GASTAMINZA, E. M., *La Sociedad Irregular*, Pamplona, 1995.

— *El concurso de la sociedad irregular*, Madrid, 2004.

VÁZQUEZ LEPINETTE, T., «La disciplina de las empresas públicas por el derecho concursal: posibilidad, realidad y consecuencias»; *RCP*, núm. 8 2008, págs. 275 y ss.

VICENT CHULIÁ, F., «El concurso de la persona jurídica». *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005.

VILA FLORENSA, P., «De la declaración del concurso», *Nueva Ley Concursal*, coord. A. SALA, F. MERCADAL y J. ALONSO-CUEVILLAS, Barcelona, 2004.

ZABALETA DÍAZ, M., «La generalización del presupuesto subjetivo del concurso. Especial referencia a la insolvencia del consumidor y a los concursos de grandes dimensiones», *RCP*, núm. 8, 2008, págs. 217 y ss.

(1) MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Hacia un nuevo Derecho Concursal: su necesaria unidad», *Estudios sobre la*

Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. I, Madrid, 2005, pág. 357. Califica la anterior situación del derecho de quiebras con la siguiente fórmula: arcaísmo de las concepciones básicas.

[Ver Texto](#)

- (2) ALCOVER GARAU, G., «La Ley 22/2003, de 8 de julio, Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. I, Madrid, 2005, págs. 45 y ss. Expone de forma clara y breve los aspectos principales que precedieron a la actual Ley Concursal.

[Ver Texto](#)

- (3) Además de otras que regulaban la insolvencia de determinados sujetos como, por ejemplo, la Ley de 12 de noviembre de 1869, sobre quiebra de las compañías de ferrocarriles, concesionarias de canales y demás obras públicas análogas, . . ., que también han resultado derogadas por la nueva norma.

[Ver Texto](#)

- (4) Es el Anteproyecto de Ley Concursal de 1959 el texto que incorpora esa *filosofía unificadora*. Así lo denomina ROJO, A., «Presupuesto subjetivo», *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, dir. A. ROJO y E. BELTRÁN, Madrid, 2004, pág. 141, nota a pie de página. *Vid.*, además FERNÁNDEZ NOVOA, C., «El Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. I, Madrid, 2005, págs. 173 y ss. ; ZABALETA DÍAZ, M., «La generalización del presupuesto subjetivo del concurso. Especial referencia a la insolvencia del consumidor y a los concursos de grandes dimensiones», *RDCP*, núm. 8, 2008, pág. 218. Se trata también de una aspiración de la doctrina que no encontraba una razón de peso que justificara el tratamiento de forma diversa de la insolvencia de un deudor comerciante y un no comerciante.

Esta unificación se mantiene en los proyectos posteriores y en el texto actualmente vigente.

[Ver Texto](#)

- (5) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «De los presupuestos del concurso. Artículo 1.º», *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, arts. 1 a 115, Madrid, 2004, pág. 27. La unidad de procedimiento es el cambio más importante que introduce la nueva ley; OTERO LASTRES, J. M., «Reflexiones sobre el principio de "unidad" en la nueva Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. I, Madrid, 2005, pág. 422. Habla de dualidad de procedimientos en relación con el procedimiento abreviado.

[Ver Texto](#)

- (6) El principio de la unidad normativa debe matizarse. Así, hay que tener en cuenta que la Disposición Adicional segunda. 1 admite ciertas especialidades para el concurso de determinados empresarios a los que se aplicará su normativa específica. *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *Comentarios a la Legislación Concursal*, t. I, Valladolid, 2004, págs. 66-67.

[Ver Texto](#)

- (7) OTERO LASTRES, J. M., *op. cit.*, pág. 414. Aunque la Exposición de Motivos de la Ley aluda a la unidad legal, de disciplina y de sistema, el análisis de la Ley nos muestra que ese principio de unidad se manifiesta en otros aspectos como, por ejemplo, unidad de denominación. Además, entiende que no está claro que la unidad se haya logrado en esos tres aspectos mencionados; ALONSO ESPINOSA, F. J., «La declaración del concurso en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (Estudio Preliminar)», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. I, Madrid, 2005, pág. 919. Para quien la unidad legal y de sistema no implica unidad de regulación en sentido sustancial.

[Ver Texto](#)

- (8) OTERO LASTRES, J. M., *op. cit.*, pág. 421. Para ser declarado en concurso es suficiente con ser deudor. No obstante, eso no supone que no sigan existiendo como regímenes diferentes el deudor civil y el mercantil. Se les somete a la misma institución, pero existen diferencias entre ambos.

[Ver Texto](#)

- (9) CONTRERAS DE LA ROSA, I., «Efectos básicos de la declaración de concurso sobre el deudor en la nueva Ley Concursal. Especial referencia a la intervención o suspensión y su incidencia en la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005, págs. 1834-1835. La unidad de procedimiento no impide que se establezcan determinadas especialidades cuando el concursado sea empresario, derivadas tanto del deber de cumplimiento de obligaciones específicas contenidas en su estatuto jurídico, como de la existencia de unidades productivas que integran la masa activa y que son tenidas en cuenta para conservarlas y conciliar los diferentes intereses implicados en un proceso concursal.

[Ver Texto](#)

- (10) ZABALETA DÍAZ, M., *op. cit.*, págs. 218-219. A pesar de valorar positivamente la unidad que deriva de la legislación vigente, entiende que una cosa es que el procedimiento concursal se aplique a todo deudor sin distinción, y otra que todos los deudores sean iguales o que la insolvencia presente siempre las mismas características y sus consecuencias tengan el mismo alcance. *Vid.*, en otro sentido, ALONSO UREBA, A., «La unificación subjetiva y la tramitación abreviada del concurso de acreedores», *Estudios sobre la Ley Concursal*, Libro Homenaje a Manuel Olivencia, t. III, Madrid, 2005, págs. 3432-3433. Las diferencias ligadas a la realidad que subyace a los empresarios y a quienes no lo son, no justifican un tratamiento diferenciado de sus crisis económicas. No obstante, si reconoce que algunas normas pueden resultar desproporcionadas para los concursos civiles y también en los grandes concursos.

[Ver Texto](#)

- (11) ZABALETA DÍAZ, M., *op. cit.*, pág. 219.

[Ver Texto](#)

- (12) ZABALETA DÍAZ, M., *op. cit.*, págs 220 y ss. La Ley Concursal no contiene una regulación específica y adecuada del concurso de los consumidores. Regulación que debería existir y estar presidida por el criterio de la reducción de gastos. Se plantea cómo debiera abordarse la regulación de esta situación, si incluirla o no dentro de la Ley Concursal. En todo caso, la autora defiende la existencia de un procedimiento específico para este tipo de deudor; PEÑAS MOYANO, B., «Concurso de consumidores », *RDCP*, núm. 8, 2008, págs. 229 y ss. Lamenta que el derecho español no haya tenido en cuenta, a diferencia de otros ordenamientos, las situaciones de sobreendeudamiento e insolvencia del consumidor. Entiende que existe justificación para que el legislador español hubiera intervenido específicamente en el supuesto en que el deudor fuera un consumidor persona física, por su debilidad económica y porque su crisis compromete la situación financiera de su hogar. La previsión de un procedimiento abreviado para los consumidores, en nada hubiera mermado el principio de unidad subjetiva del concurso.

[Ver Texto](#)

- (13) ALONSO UREBA, A., «La unificación. . . », *op. cit.*, pág. 3447; ZABALETA DÍAZ, M., *op. cit.*, págs. 220 y ss. El procedimiento no sirve para resolver las cuestiones que plantea la insolvencia de grandes empresas tales como el excesivo número de acreedores, lo cual, podría resolverse con la introducción en el procedimiento concursal de determinadas especialidades.

[Ver Texto](#)

- (14) CONTRERAS DE LA ROSA, I., *op. cit.*, pág. 1835. La flexibilidad y la adaptabilidad a las circunstancias concretas de cada deudor, son las notas más señaladas tras la reforma.

[Ver Texto](#)

- (15)** Estamos de acuerdo con la opinión de ALONSO UREBA en el sentido de entender que es más adecuado hablar de tramitación abreviada del concurso que de procedimiento abreviado, expresión utilizada por la ley. *Vid.* ALONSO UREBA, A., «La unificación. . . », *op. cit.*, pág. 3435.

[Ver Texto](#)

- (16)** ALONSO UREBA, A., «La unificación. . . », *op. cit.*, págs. 3436 y ss. Sobre los deudores cuyo concurso puede recaer en el ámbito de aplicación de los arts. 190 y 191 de la Ley.

[Ver Texto](#)

- (17)** El contenido de este artículo se considera correcto por GARCÍA VILLAVERDE, R., «El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Madrid, 2002, pág. 44. Aunque referido al Anteproyecto de 2001, su redacción es coincidente con la de la norma hoy vigente.

[Ver Texto](#)

- (18)** MERCADAL VIDAL, F., «De la declaración del concurso», *Comentarios a la Ley Concursal*, 1, coord. J. M. SAGRERA TIZÓN, A. SALA REIXACHS y A. FERRER BARRIENDOS, Barcelona, 2004, págs. 21-22. El derecho concursal es una norma de cierre del derecho de obligaciones. Todo deudor está sometido al derecho concursal.

[Ver Texto](#)

- (19)** Entre ellos, el que planteaba el cese de la condición de empresario a la hora de determinar el régimen aplicable.

[Ver Texto](#)

- (20)** CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho Concursal*, Madrid, 2000, págs. 48 y ss. Valoran la información estadística disponible a este respecto; MERCADAL VIDAL, F., *op. cit.*, pág. 25. La LC se elabora pensando especialmente en los deudores empresariales.

[Ver Texto](#)

- (21)** ROJO, A., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 141; VILA FLORENSA, P., «De la declaración del concurso», *Nueva Ley Concursal*, coord. A. SALA, F. MERCADAL y J. ALONSO-CUEVILLAS, Barcelona, 2004, pág. 68.

[Ver Texto](#)

- (22)** GARCÍA VILLAVERDE, R., *op. cit.*, pág. 50; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «Presupuesto subjetivo. Art. 1. 2», *Comentarios a la Legislación Concursal*, dir. J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCO CER GARAU, Madrid, 2004, pág. 75.

[Ver Texto](#)

- (23)** GARCÍA VILLAVERDE, R., *op. cit.*, pág. 50; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «El concurso de la herencia», *RCP*, 1, 2004, págs. 61-62.

[Ver Texto](#)

- (24) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 45, y en «El presupuesto subjetivo en la Ley Concursal»; *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. II, Madrid, 2005, pág. 1197. La matización legal que distingue entre persona natural y persona jurídica parece responder a la relevancia estadística de dicha matización. Aunque sea habitual que el concurso parta de la insolvencia de sociedades, preferentemente mercantiles, también procede respecto al deudor persona física.
-
- Ver Texto
- (25) Sobre el art. 10 LC *vid.* AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B., «La Competencia judicial internacional en materia concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, págs. 624 y ss.
-
- Ver Texto
- (26) PINO ABAD, M., «La discutida personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no inscritas»; *CDC*, 29, 1999, pág. 185. Citando a Ferrara recuerda que la cuestión relativa a las personas jurídicas es un cúmulo de controversias.
- Se trata de una materia en la que todo es discutido y en las que las investigaciones al respecto no aclaran el problema; LÓPEZ SANTANA, N., «Observaciones en torno a la posibilidad de concurso de la sociedad irregular», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, pág. 1117. Es difícil determinar con nitidez que es lo que se aporta cuando un ente es calificado como persona.
-
- Ver Texto
- (27) LÓPEZ SANTANA, N., *op. cit.*, págs. 1118 y ss. Sobre el origen de la persona jurídica.
-
- Ver Texto
- (28) VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso de la sociedad irregular*, Madrid, 2004, pág. 31. En los tiempos actuales la personalidad se refiere a una realidad muy diferente a aquella que la hizo surgir.
-
- Ver Texto
- (29) GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, 1952, págs. 164 y ss. ; ALONSO LEDESMA, C., «Sociedad Anónima en formación y prohibición de transmitir acciones antes de la inscripción», *Derecho de Sociedades Anónimas*, II, *Capital y acciones*, vol. 2, Madrid, 1994, pág. 992; DE EIZGUIRRE, J. M., «La subjetivación de las sociedades de personas », *Derecho de Sociedades*, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, vol. I, Madrid, 2002, pág. 122.
-
- Ver Texto
- (30) Es el caso, por ejemplo, de VICENT CHULIÁ, F., «El concurso de la persona jurídica», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. II, Madrid, 2005, pág. 2397. Se trata, esencialmente, de una técnica jurídica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas mediante el reconocimiento por el ordenamiento positivo de la titularidad de derechos y obligaciones; PAZ ARES, C., «Las Sociedades Mercantiles», *Lecciones de Derecho Mercantil*, dir. A. Menéndez, 2008, 6.ª ed., Navarra, 2008, pág. 286; ALONSO LEDESMA, C., *op. cit.*, págs. 992-993.
-
- Ver Texto
- (31) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 47.

[Ver Texto](#)

- (32) EMBID IRUJO, J. M., «Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica en la Ley de Sociedades Anónimas», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I; Valencia, 1995, pág. 1205; VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 31. No se trata de una pura ficción porque responde a la realidad de que un grupo de personas actúa de forma unida.

[Ver Texto](#)

- (33) Así, GARRIGUES, J., «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 142, octubre-diciembre, 1976, pág. 525. El legislador, al reconocer personalidad jurídica a las sociedades, lo que hace es aplicarles ciertas normas dictadas para las personas individuales.

[Ver Texto](#)

- (34) GARRIGUES, J., «Teoría general. . .», *op. cit.*, págs. 519 y ss. La evolución histórica muestra una tendencia inequívoca a separar la sociedad mercantil de las personas de sus socios. La sociedad no es la suma de los socios. Es algo más que está por encima de ellos.

[Ver Texto](#)

- (35) FORNIÉS BAIGORRI, A., «Sociedad civil-Sociedad mercantil. La determinación del carácter civil de la sociedad y normativa aplicable», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Manuel Broseta Pont*, t. II, Valencia, 1995, pág. 1388. La sociedad interna se estructura como vínculo: la voluntad negocial queda reducida a reglamentar las relaciones entre los socios. La sociedad externa: es un sujeto de derecho que se estructura como organización con aptitud para participar como grupo en el tráfico.

[Ver Texto](#)

- (36) VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 34.

[Ver Texto](#)

- (37) GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades, I, Parte General, Sociedades colectivas y comanditarias*, 1976, págs. 168 y ss.

[Ver Texto](#)

- (38) Es el caso de ALONSO LEDESMA, C., *op. cit.*, pág. 992. Existen tantas personalidades jurídicas como tipos societarios; VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 35.

[Ver Texto](#)

- (39) PINO ABAD, M., *op. cit.*, pág. 201.

[Ver Texto](#)

- (40) *Vid.* a este respecto las mencionadas por ROJO, A., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 146; ILLESCAS, R., «La persona física concursada: sistemática y normas particulares comunes», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005, pág. 1992. La mayoría de las normas que son aplicables exclusivamente al concursado persona física, no distinguen en función de que en ella concurra o no la condición de comerciante.

[Ver Texto](#)

- (41) VICENT CHULIÁ, F., *op. cit.*, págs. 2394-2395. Reconoce que la ley no es compasiva con el deudor persona física, lo cual, refuerza el argumento de que, cuando tenga la condición de empresario, le resulta más adecuado organizar jurídicamente una empresa pequeña o familiar en forma de sociedad, que conservar el carácter de empresa individual.
-
- [Ver Texto](#)
- (42) MERCADAL VIDAL, F., *op. cit.*, pág. 24. El deudor es el sujeto de derecho dotado de la capacidad jurídica necesaria para ser titular de una posición obligatoria pasiva.
-
- [Ver Texto](#)
- (43) GARCÍA VILLAVERDE, R., *op. cit.*, pág. 50. El Anteproyecto de 1983 hacía referencia expresa al concurso de menores e incapacitados. En esa norma se reproducía el régimen general sobre capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas físicas, por tanto, esta norma no era necesaria y de ahí que se suprimiera con razón; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Consideraciones sobre el concurso del patrimonio especial para la protección de las personas con discapacidad», *RCP*, 1, 2004, pág. 44. No existe una norma especial, dentro de la Ley Concursal, para los menores o incapacitados ya que no se ha considerado necesaria.
-
- [Ver Texto](#)
- (44) Véase por ejemplo el art. 164, para el supuesto de concurso culpable.
-
- [Ver Texto](#)
- (45) DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Presupuesto subjetivo. Art. 1. 1», *Comentarios a la Legislación Concursal*, dir. J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCO CER GARAU, Madrid, 2004, págs. 69-70, y en «Consideraciones. . . », *op. cit.*, págs. 44 y ss.
-
- [Ver Texto](#)
- (46) DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Consideraciones. . . », *op. cit.*, pág. 52. Con ello se rompe la razón de la institución, que es proteger al incapacitado. Por ello, dice, si se quiere poner de acuerdo la *ratio* del patrimonio protegido con una protección eficaz en el marco de un procedimiento concursal, será necesario que el legislador aproveche los vacíos de la ley para, sin violar sus mandatos, actuar una protección más eficaz en beneficio del incapaz.
-
- [Ver Texto](#)
- (47) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 72. También puede importar el estado civil del concursado en la fase inicial, cuando el acreedor que solicita la declaración del concurso reclama la adopción de medidas de aseguramiento del patrimonio del deudor.
-
- [Ver Texto](#)
- (48) *Vid.* BLANQUER UBEROS, R., «El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiamente el concurso del matrimonio», *RDCP*, 9, 2008, págs. 17 y ss.
-
- [Ver Texto](#)
- (49) *Vid.* sobre la formación de la masa activa del concurso de persona casada en régimen de comunidad, CUENA CASAS, M., *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Pamplona, 2008, págs. 55 y ss.

Ver Texto

- (50) Sobre las causas que llevan al sobreendeudamiento de los particulares *vid.*, entre otros, CUENA CASAS, M., *op.cit.*, págs. 13 y ss.

Ver Texto

- (51) MERCADAL VIDAL, F., *op. cit.*, pág. 25. Echa en falta una disciplina especial para los pequeños deudores no empresariales; PEÑAS MOYANO, B., *op. cit.*, págs. 229 y ss.

Ver Texto

- (52) En cualquier caso, tampoco deben olvidarse los inconvenientes, *vid.* CUENA CASAS, M., *El op. cit.*, págs. 28— 29; PULGAR EZQUERRA, J., «Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del Bienestar», *RCP*, 9, 2008, págs. 56 y ss. Sobre las ventajas e inconvenientes para la solicitud del concurso por parte de los consumidores; FERNÁNDEZ CARRÓN, C., *El Tratamiento de la Insolvencia de las Personas Físicas*, Pamplona, 2008, págs. 55 y ss.

Ver Texto

- (53) PULGAR EZQUERRA, J., «Concurso y consumidores. . . », *op. cit.*, págs. 45 y ss.

Ver Texto

- (54) En contra de seguir el mismo tratamiento, *vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 73. A favor de la postura de no seguir el procedimiento general para los consumidores operan disposiciones que, inspiradas por la búsqueda de una solución a la insolvencia del deudor, autorizan una intervención moderada de los jueces y Tribunales pudiendo fijar nuevos plazos y moderar cláusulas penales. En particular, se menciona el art. 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles; CUENA CASAS, M., *op. cit.*, págs. 28 y ss.

Ver Texto

- (55) IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., «Presupuestos subjetivo y objetivo del concurso: algunas consideraciones de técnica y política legal», *La Reforma de la Legislación Concursal*, Madrid, 2004, pág. 26. La participación en el tráfico de sociedades, en particular, y de otras personas jurídicas, en general, hace necesario regular detalladamente los efectos que, sobre el funcionamiento orgánico y administración del patrimonio de esas personas produce la declaración de insolvencia y así lo hace la LC.

Ver Texto

- (56) Sobre el concurso de las asociaciones *vid.* LA CASA GARCÍA, R., «Algunas cuestiones sobre el concurso de las asociaciones», *ADC*, 6, 2005, págs. 129 y ss. Echa de menos en la Ley Concursal un tratamiento expreso de las particularidades propias de otros entes personificados distintos de las sociedades, lo cual, obliga a realizar una labor interpretativa para determinar que normas, pensadas para la persona jurídica sociedad, resultan aplicables a las asociaciones.

Ver Texto

- (57) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «Presupuesto subjetivo. . . », *op. cit.*, págs. 75-77. Es lógica la posibilidad de declarar en concurso la herencia ya que, en el ámbito sucesorio, ya desde el Derecho Romano la herencia yacente, a pesar de carecer de titular actual, funcionaba como si de hecho no hubiera muerto el causante y en «El concurso. . . », *op. cit.*, págs. 58-61. Es interesante ver la referencia que se hace en este trabajo a la enmienda núm 381, del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, al Título 10 bis, por la que se proponía la introducción de un nuevo Título dedicado a la

regulación del concurso de la herencia. Con ello se pretendía que el concurso de la herencia, a imagen de la ley alemana, tuviera una regulación propia y detallada. En el texto definitivo esta enmienda no tuvo reflejo, solución con la que el autor se muestra más conforme, entendiendo que debe ser el derecho civil el que resuelva los problemas que esta realidad plantee. En sentido diferente, *vid.* GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., «De los presupuestos del concurso. Art. 3», *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Madrid, 2004, pág. 65. Para quien el legislador español debiera haber establecido al menos una regulación parcialmente especial del concurso de la herencia dentro del procedimiento concursal, dadas las especialidades de este caso.

[Ver Texto](#)

- (58)** IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *op. cit.*, pág. 28. Califica de ambigua la expresión «en tanto» utilizada por el legislador.

[Ver Texto](#)

- (59)** HIDALGO GARCÍA, S., «Presupuesto subjetivo», *Comentarios a la Legislación Concursal*, t. I, Valladolid, 2004, págs. 87-88. Recoge las posibles situaciones que contempla el art. 1. 2 LC; LÓPEZ SANTANA, N., *op. cit.*, pág. 1135. En tanto no se produce la aceptación pura y simple de la herencia, el caudal relicto es objeto de tratamiento unitario e, incluso, personificado. Esto es lo que justifica la excepción al supuesto de la personalidad jurídica contenido en la Ley Concursal.

[Ver Texto](#)

- (60)** *Vid. supra* nota número 22.

[Ver Texto](#)

- (61)** ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia. Una aproximación civilística a la Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005, págs. 1910-1911. La herencia presenta tal singularidad desde el punto de vista patrimonial que justifica, en atención a los acreedores de la misma, que se la pueda declarar en concurso a ella misma, sin esperar a que los herederos se confundan de forma plena con los propios herederos.

[Ver Texto](#)

- (62)** HIDALGO GARCÍA, S., *op. cit.*, pág. 79. La herencia yacente no está expresamente regulada en el CC, pero la supone en distintos preceptos. En esos casos se considera que no está exenta de legitimación por sí misma, que no es un patrimonio vacante y que goza de cierta personalidad jurídica. En este sentido, la STS 387/2000, de 11 de abril; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «El concurso. . . », *op. cit.*, págs. 62-63.

[Ver Texto](#)

- (63)** PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «El concurso. . . », *op. cit.*, pág. 66. Los que hayan utilizado el beneficio de inventario verán limitada su responsabilidad por las deudas del causante, a la parte de la herencia que pudiera corresponderles, sin que resulte afectado su activo patrimonial.

[Ver Texto](#)

- (64)** GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *op. cit.*, págs. 65-66. La LC no recoge, a diferencia del Anteproyecto de 1983, la solución del proceso concursal en el caso de que se produzca la aceptación pura y simple tras la declaración del concurso.

[Ver Texto](#)

- (65) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 163. Si concurre la aceptación a beneficio de inventario y la aceptación pura y simple sobre un mismo patrimonio hereditario, no sería posible la solicitud del concurso de la herencia que exige que ésta, en su totalidad, no haya sido aceptada pura y simplemente.

[Ver Texto](#)

- (66) ROJO, A. y ORDUÑA, F. J., «La capacidad concursal de la herencia», *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pág. 155.

[Ver Texto](#)

- (67) ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *op. cit.*, pág. 1912. En este caso, el legislador toma una decisión práctica, con lo cual, se ofrece a los acreedores una solución adecuada y ágil a sus legítimas expectativas.

[Ver Texto](#)

- (68) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «El concurso. . . », *op. cit.*, pág. 70.

[Ver Texto](#)

- (69) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «El concurso. . . », *op. cit.*, pág. 65, y en «Legitimación. Art. 3. 4», *Comentarios a la Legislación Concursal*, dir. J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOVER GARAU, Madrid, 2004, págs. 191-192. Estima adecuado que el art. 3. 4 haya colocado en primer término, como legitimado, a los acreedores del deudor fallecido, ya que son éstos quienes ocupan el primer lugar en el cobro de sus créditos con cargo al caudal relicto, delante de los legatarios y acreedores del heredero, que aparecerían en último término; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 163. Habla de acreedores del deudor fallido. Ello implica la exclusión de los acreedores que no lo sean propiamente del deudor pero sí de la herencia. Es el caso de los acreedores que surgen como consecuencia de los gastos de la herencia o de la participación.

[Ver Texto](#)

- (70) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «Legitimación. . . », *op. cit.*, págs. 192 y ss. Reconoce que ha evolucionado su pensamiento y entiende que cuando la LC en este artículo habla de heredero está haciendo referencia al llamado a la misma que todavía no ha aceptado. Si el llamado realiza la solicitud de concurso, se estaría produciendo una aceptación tácita de la herencia, que por disposición legal produciría los efectos de la herencia aceptada a beneficio de inventario. *Vid.* además, HIDALGO GARCÍA, S., *op. cit.*, pág. 84. Se trata de un supuesto de aceptación de la herencia a beneficio de inventario, lo que hará que aumente en número esta modalidad de aceptación de la herencia, que no es la más frecuente.

[Ver Texto](#)

- (71) Así lo entiende BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, pág. 33. En sentido diferente GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *op. cit.*, págs. 67-68; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «Legitimación. . . », *op. cit.*, págs. 194-195.

[Ver Texto](#)

- (72) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «Legitimación. . . », *op. cit.*, págs. 65 y 190.

[Ver Texto](#)

- (73) ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *op. cit.*, págs. 1915 y ss. No se puede entender que en los casos en los que no está expresamente reconocida la posibilidad de concurso de la herencia sean casos en los que necesariamente se produce la confusión patrimonial.
-
- Ver Texto
- (74) ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *op. cit.*, págs. 1911-1912. La situación de los coherederos que han aceptado de forma pura y simple significa que los acreedores hereditarios pueden agredir los bienes personales de cada uno de los herederos. En este sentido se puede hablar de confusión de patrimonio hereditario y de los personales de los coherederos, aunque sea incorrecto decir que los patrimonios de los herederos se confunden entre sí. Por tanto, la situación de los herederos que han aceptado pura y simplemente debe resolverse a través de la declaración conjunta de concurso.
-
- Ver Texto
- (75) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «El concurso. . . », *op. cit.*, pág. 64. La aceptación hace responder al heredero de las deudas del concursante, no como en caso de responsabilidad por deudas ajenas, sino por deudas propias.
-
- Ver Texto
- (76) ROJO, A. y ORDUÑA, F. J., *op. cit.*, pág. 157. En caso de aceptación de la herencia a beneficio de inventario quiebra el principio de universalidad de la masa activa en la medida en que ésta se integra sólo por los bienes y derechos procedentes de la herencia; GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *op. cit.*, pág. 66. En los casos de aceptación de la herencia a beneficio de inventario procedería, en paridad, declarar en concurso al heredero aceptante en tal modalidad aunque incluyendo en las masas activa y pasiva sólo los bienes y derechos y las deudas, respectivamente, procedentes del patrimonio del causante. Sin embargo, en la LC ha primado la simplicidad por encima de construcciones técnico jurídicas. Solución que estima adecuada.
-
- Ver Texto
- (77) HIDALGO GARCÍA, S., *op. cit.*, págs. 88-90.
-
- Ver Texto
- (78) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «El concurso. . . », *op. cit.*, pág. 69.
-
- Ver Texto
- (79) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, págs. 91-92. Aun no existiendo la norma del apartado tercero, se llegaría a la misma conclusión a la vista de varias disposiciones legales, que formulan un principio general de que no cabe convertir al Estado, a sus administraciones, ni a los distintos organismos administrativos en sujetos del concurso.
-
- Ver Texto
- (80) GARCÍA VILLAVERDE, R., *op. cit.*, pág. 54.
-
- Ver Texto
- (81) CARLÓN, M., «La falta de capacidad concursal de las administraciones públicas», *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pág. 159. La fórmula utilizada para la introducción de esta excepción es la de la prohibición legal.

[Ver Texto](#)

- (82) CARLÓN, M., *op. cit.*, pág. 159.

[Ver Texto](#)

- (83) CARLÓN, M., *op. cit.*, págs. 161-163. Sobre la concreción de las entidades enumeradas en el párrafo tercero; DEL GUAYO CASTIELLA, I., «Presupuesto subjetivo. Art. 1. 3», *Comentarios a la Legislación Concursal*, dir. J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOCER GARAU, Madrid, 2004, pág. 80. La exclusión recogida en el art. 1. 3 LC se refiere al Estado, Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios, así como a sus respectivas administraciones. Tampoco las entidades instrumentales dependientes de las administraciones territoriales; MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso de las sociedades*, Madrid, 2004, págs. 64 y ss. ; VICENT CHULIÁ, F., *op. cit.*, págs. 2416-2417.

[Ver Texto](#)

- (84) DEL GUAYO CASTIELLA, I., *op. cit.*, págs. 84-85. En la medida en que de la exclusión del art. 1. 3 se derive una situación de privilegio de una parte del sector público respecto de otras empresas y, por tanto, se vulnere el principio de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas, el precepto podría ser considerado como contrario al derecho de la Unión Europea. Eso es un argumento a favor de que se considere que las empresas públicas no queden libres de la posibilidad de ser declaradas en concurso.

[Ver Texto](#)

- (85) GARCÍA VILLAVARDE, R., *op. cit.*, págs. 54-56; CARLÓN, M., *op. cit.*, págs. 159-160. El fundamento de la insusceptibilidad de concursar es semejante al de la inembargabilidad de los bienes y derechos públicos. Se encuentra en el respeto al funcionamiento de los servicios públicos en conexión con el principio de eficacia de la actuación administrativa que se sustenta en los postulados esenciales del dominio público; MERCADAL VIDAL, F., *op. cit.*, pág. 28; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *op. cit.*, págs. 30-31.

[Ver Texto](#)

- (86) CARLÓN, M., *op. cit.*, pág. 160. Para quien también debería alcanzar la excepción a las formas de personificación privadas que de forma inmediata pretendan la consecución del interés público; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, págs. 93-94.

[Ver Texto](#)

- (87) IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *op. cit.*, pág. 31; DEL GUAYO CASTIELLA, I., *op. cit.*, págs. 83-84; *vid.*, además, VÁZQUEZ LEPINETTE, T., «La disciplina de las empresas públicas por el derecho concursal: posibilidad, realidad y consecuencias»; *RDCP*, núm. 8, 2008, págs. 275 y ss. Donde trata de buscar soluciones al problema de que, rara vez, la empresas públicas serán declaradas en concurso.

[Ver Texto](#)

- (88) MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 31. Lo que antes eran especialidades en materia de quiebra, aplicables a las sociedades mercantiles, hoy día se convierten en la regla general; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *op. cit.*, pág. 369. La evolución de los textos prelegislativos ha ido paralela a la evolución económica y social. Así, mientras que el Anteproyecto de 1959 consideraba como algo especial el concurso de sociedades, el Anteproyecto de 1983 modifica la perspectiva, aunque sigue considerando destinatario principal a la persona física.

[Ver Texto](#)

- (89) MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 39. Uno de los rasgos más sobresalientes de la

LC es el cambio del modelo de deudor; GARCÍA RUBIO, M. P., «De los efectos de la declaración de concurso, Art. 48», *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Arts. 1 a 115, Madrid, 2004, págs. 425-426. Al recordar cómo la LC muestra especial preocupación por el deudor persona jurídica, señala que esta preocupación ya se apreciaba tanto en el Anteproyecto de 1959 como en la Propuesta de Anteproyecto de 1995.

[Ver Texto](#)

- (90)** LA CASA GARCÍA, R., *op. cit.*, pág. 133. A pesar de la corrección del criterio seguido por la Ley Concursal, dado el carácter marginal del concurso de otro tipo de personas jurídicas diferentes a las sociedades, no habría estado de más un tratamiento expreso de las especialidades de otros entes personificados distintos de las sociedades.

[Ver Texto](#)

- (91)** SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 48. La flexibilidad no es sólo cuestión procedimental pues también ha de afrontarse desde la determinación de los presupuestos de la declaración de concurso.

[Ver Texto](#)

- (92)** No es nuestro objetivo tratar de todas las particularidades del concurso de sociedades, más teniendo en cuenta que pretendemos analizar el presupuesto subjetivo. SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, F., «El presupuesto subjetivo. . . », *op. cit.*, pág. 1199. Expone los problemas que plantea el concurso de sociedades.

[Ver Texto](#)

- (93)** BOQUERA MATARREDONA, J., «El concurso de la sociedad unipersonal y del socio único», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005, págs. 1806-1807. Cabe la posibilidad de que pida la declaración de concurso de la sociedad unipersonal el socio único que, a su vez, sea acreedor de la misma.

[Ver Texto](#)

- (94)** La LC ha introducido en esta materia una modificación considerable en relación a la normativa anterior. Ello resolvería los problemas que se planteaban en el anterior derecho concursal sobre quién era el órgano, dentro de las sociedades mercantiles, a quien correspondía adoptar esa decisión. *Vid.* GARCÍA VIDAL, A., «La legitimación para solicitar la declaración de concurso de las sociedades mercantiles», *Estudios sobre la Ley Concursal*, Libro Homenaje a Manuel Olivencia, t. I; Madrid, 2005, págs. 1020-1021; BOQUERA MATARREDONA, J., *op. cit.*, pág. 1806. Habla de una competencia legal, exclusiva y excluyente.

[Ver Texto](#)

- (95)** BOLDÓ, C., «El concurso de la sociedad unipersonal», *ADC*, 7, 2006, págs. 48-49. La legitimación es una cualidad predicable de la parte y la parte en el proceso concursal, es la persona jurídica (sociedad). Por tanto, más que una cuestión de legitimación, se trata de la comparecencia en juicio y representación (96) MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . . », op. cit.*, pág. 235; BOLDÓ, C., *op. cit.*, pág. 49; GARCÍA VIDAL, A., *op. cit.*, págs. 1028 y ss.

[Ver Texto](#)

- (96)** MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . . », op. cit.*, págs. 237-238, critica que esta competencia que corresponde al órgano de administración para solicitar la declaración del concurso, no venga expresamente establecida en ninguna ley de sociedades española. No obstante, esta competencia se desprende de lo dispuesto en las mismas.

[Ver Texto](#)

- (97) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 51. Entiende, a pesar del contenido del art. 3. 1, que los administradores están obligados a convocar junta general tan pronto como decidan solicitar la declaración de concurso; GARCÍA VIDAL, A., *op. cit.*, págs. 1022 y ss.

[Ver Texto](#)

- (98) El art. 262. 5 TRLSA permite que los administradores puedan solicitar el concurso cuando no tuviere lugar la junta o si se pronuncia en contra de esa solicitud.

[Ver Texto](#)

- (99) BOQUERA MATARREDONA, J., *op. cit.*, pág. 1808. En el caso de la sociedad unipersonal, si el socio único es el representante de la sociedad, es el que debe decidir sobre la solicitud de concurso de la misma.

[Ver Texto](#)

- (100) RONCERO SÁNCHEZ, A., «De la declaración de concurso. Art. 3. Legitimación», *Comentarios a La Legislación Concursal*, dir. J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOCER GARAU, Madrid, 2004, págs. 177 y ss. No obstante, también reconoce que se producen inconvenientes si se requiere la previa reunión de la junta. Inconvenientes que desaparecerían si la legitimación para solicitar la declaración de concurso se atribuye al órgano de administración de la sociedad, pero se exige la consulta a la junta general antes de la declaración del concurso.

[Ver Texto](#)

- (101) En sentido diferente, LA CASA GARCÍA, R., *op. cit.*, págs. 140-141. Si se considera establecido con carácter imperativo una competencia exclusiva del órgano de administración o liquidación para la solicitud del concurso, habrá que considerar inadmisibles cualquier limitación de esta atribución en los estatutos; MERCADAL VIDAL, F., *op. cit.*, págs. 45-46.

[Ver Texto](#)

- (102) GARCÍA VIDAL, A., *op. cit.*, págs. 1017-1018, habla de la necesaria coordinación entre tales normas.

[Ver Texto](#)

- (103) GARCÍA VIDAL, A., *op. cit.*, págs. 1023 y ss., habla de obligación subsidiaria de los administradores.

[Ver Texto](#)

- (104) GARCÍA VIDAL, A., *op. cit.*, págs. 1034-1035. Se trata de una importante novedad de la Ley Concursal; MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 275. Nos recuerda que tradicionalmente se ha afirmado el deber de los socios colectivos de pedir la quiebra sobre la base de la información de que disponen sobre la sociedad, por su intervención en el manejo de los asuntos sociales como gestores natos de la misma y por el severo régimen de responsabilidad de las deudas sociales; VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 87-88. Aun así, considera importante determinar si estamos ante un concurso voluntario o necesario. También presenta dificultades teóricas el determinar qué debe acreditar el socio para probar la situación de insolvencia.

[Ver Texto](#)

- (105)** MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 287; RONCERO SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, pág. 189.
[Ver Texto](#)
-
- (106)** PULGAR EZQUERRA, J., «Artículo 7. Solicitud del acreedor y de los demás legitimados», *Comentarios a la Legislación Concursal*, t. I, dir. J. PULGAR EZQUERRA; C. ALONSO LEDESMA; A. ALONSO UREBA y G. ALCOVER GARAU, Madrid, 2004, pág. 266.
[Ver Texto](#)
-
- (107)** No obstante, hay que reconocer que sí encontramos autores que se manifiestan en alguno de esos sentidos. Entiende que deben ser considerados como acreedores, por ejemplo, MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 281.
[Ver Texto](#)
-
- (108)** GARCÍA VIDAL, A., *op. cit.*, pág. 1037; MERCADAL VIDAL, F., *op. cit.*, pág. 46. Habla de un supuesto de legitimación extraordinaria *ex lege*.
[Ver Texto](#)
-
- (109)** RONCERO SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, págs. 188-189.
[Ver Texto](#)
-
- (110)** RONCERO SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, pág. 189. Dice que este supuesto debe interpretarse en el sentido de que estos legitimados podrán fundamentar su solicitud de declaración de concurso, bien justificando la situación de endeudamiento y el estado de insolvencia del deudor, bien acreditando la concurrencia de cualquiera de los hechos a que se refiere el art. 2. 4 LC.
[Ver Texto](#)
-
- (111)** ALONSO UREBA, A. y VIERA GONZÁLEZ, A. J., «Artículo 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica», *Comentarios a la Legislación Concursal*, t. I, dir. J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOVER GARAU, Madrid, 2004, pág. 640. Este artículo supone un cambio fundamental en relación con el derogado 923 CCo que recogía la denominada quiebra por extensión.
[Ver Texto](#)
-
- (112)** DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Presupuesto subjetivo. . . », *op. cit.*, págs. 70-71. Esta solución tiene la ventaja de evitar tanto la extensión automática del concurso a personas que, aun responsables de las deudas sociales, pueden ser solventes, como reclamaciones individuales contra los socios que pueden perturbar el orden del concurso. Además, a pesar de que el sistema cercena los derechos de los acreedores de estas sociedades, la ley ofrece matices interesantes que permiten reducir las consecuencias negativas.
[Ver Texto](#)
-
- (113)** ALONSO UREBA, A., «La sociedad en formación», *Derecho de Sociedades Anónimas, I, La Fundación*, Madrid, 1991, pág. 525. Esto es elemento común a los ordenamientos europeos.
[Ver Texto](#)
-

- (114)** Así lo afirman CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., «Artículo 15. Sociedad en formación», *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. ARROYO y J. M. EMBID IRUJO, vol. I. Madrid, 2001, pág. 161; PINO ABAD, M., *op. cit.*, págs. 228-229.

[Ver Texto](#)

- (115)** Aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada y a las comanditarias por acciones en virtud de los arts. 11. 3 LSRL y 152 CCo.

[Ver Texto](#)

- (116)** ALONSO LEDESMA, C., *op. cit.*, pág. 967.

[Ver Texto](#)

- (117)** Así ALONSO UREBA, A., «La sociedad. . . », *op. cit.*, págs. 533 y ss., ALONSO LEDESMA, C., *op. cit.*, págs. 965-966. Además de insatisfactorio, originó uno de los aspectos más confusos y polémicos de la derogada legislación.

[Ver Texto](#)

- (118)** FORNIÉS BAIGORRI, A., *op. cit.*, pág. 1391. La mercantilidad de las sociedades no depende de su inscripción en el Registro Mercantil, pues la inscripción sólo se efectúa cuando éstas tienen naturaleza mercantil.

[Ver Texto](#)

- (119)** ALONSO UREBA, A., «La sociedad. . . », *op. cit.*, págs. 539 y ss. La sociedad en formación es una entidad jurídica capaz de obligarse y de actuar en el tráfico como tal de modo que a la responsabilidad de los actuantes en nombre de la sociedad se añade la de la propia sociedad en formación, lo cual supone un plus de protección para los terceros; ALONSO LEDESMA, C. *op. cit.*, págs. 984-985. Con ello se supera el marco estrictamente contractual u obligacional en el que anteriormente estaban enmarcadas las relaciones existentes en la fase previa a la inscripción de la sociedad; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Presupuesto subjetivo. . . », *op. cit.*, pág. 72. La designación de los mandatarios como todos los socios y el nombre de sociedad en formación permiten entender que existe una situación de sociedad; DE EIZAGUIRRE, J. M., «La subjetivación. . . », *op. cit.*, pág. 139.

[Ver Texto](#)

- (120)** Sobre estas razones que justifican el reconocimiento de la sociedad en formación, *vid.* ALONSO LEDESMA, C. *op. cit.*, págs. 985 y ss. ; PINO ABAD, M., *op. cit.*, págs. 220 y ss.

[Ver Texto](#)

- (121)** ALONSO LEDESMA, C., *op. cit.*, pág. 991. Dados los términos del TRLSA la sociedad en formación puede considerarse presociedad anónima, pero no presociedad a secas, ya que lo que no puede nacer antes de la inscripción es una sociedad anónima.

[Ver Texto](#)

- (122)** *Vid.* ALONSO UREBA, A., «La sociedad. . . », *op. cit.*, págs. 581 y ss. sobre el contexto en que se enmarca el artículo 15 TRLSA.

[Ver Texto](#)

- (123)** ALONSO UREBA, A., «La sociedad. . . », *op. cit.*, pág. 599. La sociedad ya venía obligada por estas actuaciones antes de la inscripción. Lo que cesa con la misma es la responsabilidad de los socios.
-
- [Ver Texto](#)
- (124)** ALONSO UREBA, A., «La sociedad. . . », *op. cit.*, pág. 598. Aunque no dice nada al respecto el TRLSA, hay que entender que se trata de aportaciones complementarias en proporción al capital suscrito por cada socio.
-
- [Ver Texto](#)
- (125)** MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 139.
-
- [Ver Texto](#)
- (126)** MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 139.
-
- [Ver Texto](#)
- (127)** MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 141 y ss.
-
- [Ver Texto](#)
- (128)** Así lo afirma ALONSO LEDESMA, C., *op. cit.*, págs. 995 y ss.
-
- [Ver Texto](#)
- (129)** Así lo entiende RONCERO SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, pág. 188. Tomando como base el art. 15. 4 TRLSA.
-
- [Ver Texto](#)
- (130)** MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 143-144.
-
- [Ver Texto](#)
- (131)** MARTÍN REYES, M. A., «La irregularidad de la sociedad unipersonal: una propuesta de interpretación», *Derecho de Sociedades*, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, IV, Madrid, 2002, pág. 3876. Sociedad en formación y sociedad irregular son estadios contrapuestos, pudiéndose dar el caso de una sociedad en formación que deviene es sociedad irregular.
-
- [Ver Texto](#)
- (132)** VALPUESTA GASTAMINZA, E. M., *La Sociedad Irregular*, Pamplona, 1995, págs. 105 y ss. El legislador español ha arriesgado mucho al regular la irregularidad en la sede en que lo hace. Ello, porque podría achacársele que no es correcto. El encuadre lógico de este tema sería dentro de la teoría general de las sociedades mercantiles. No puede olvidarse que no hay sociedad anónima irregular porque no sería una sociedad anónima.
-
- [Ver Texto](#)
- (133)** Así entienden que el art. 16 no es un modelo para la regulación de la irregularidad FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «La sociedad anónima irregular», *Derecho de Sociedades Anónimas*, I, *La Fundación*,

Madrid, 1991, págs. 627 y ss. ; VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, pág. 50. Por eso habla en sentido impropio del régimen de irregularidad de las sociedades de capital; CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., «Artículo 16. Sociedad irregular », *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. ARROYO y J. M. EMBID IRUJO, vol. I, Madrid, 2001, pág. 178. Por extensión también aplicable a la sociedades de responsabilidad limitada. En sentido diferente, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio 1991*, págs. 122 y ss.

[Ver Texto](#)

(134)

VALPUESTA GASTAMINZA, E. M., *La Sociedad. . . , op. cit.*, págs. 108 y ss. Califica de equívoca la dicción del art. 7 TRLSA y le acusa de seguir los mismos defectos que el antiguo art. 6 LSA de 1951. En base al precepto caben tres posturas: primera, conforme a la cual la sociedad anónima se constituirá con la escritura y adquirirá personalidad jurídica con la inscripción; segunda, con la escritura pública la sociedad se constituye con un régimen jurídico especial y con la inscripción nace la sociedad anónima como tal en toda su plenitud y, tercera, sólo hay sociedad anónima como tal desde la inscripción.

[Ver Texto](#)

(135)

Entendemos más adecuado incluir a la inscripción dentro de los presupuestos constitutivos de una sociedad anónima. No obstante, existen posturas doctrinales en sentido diferente. Es interesante ver VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, págs. 41 y ss., donde se hace referencia a las diferentes interpretaciones de patrique ha sido objeto el art. 7 TRLSA, así como de las críticas que se pueden realizar a las mismas. Por un lado, nos encontramos con quienes atribuyen carácter constitutivo de la sociedad anónima a la escritura pública. Con ello nos encontraríamos con que la sociedad anónima se constituye con la escritura pública, pero su personalidad jurídica se adquiriría con la inscripción. Otra de las interpretaciones a que se alude es la que entiende que la escritura pública es constitutiva pero de la sociedad en formación, teniendo que esperar a la inscripción para que la sociedad anónima adquiriera su personalidad jurídica. La última de las opciones expuestas, que es la defendida por el autor, y con la que nosotros nos mostramos conformes, defiende que la escritura pública no tiene carácter constitutivo con independencia de la inscripción registral.

[Ver Texto](#)

(136)

MORILLAS JARILLO, M. J., «La sociedad irregular», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Valencia, 1995, pág. 2522. Sería un contrasentido; MARTÍN REYES, M. A., *op. cit.*, pág. 3870. El carácter constitutivo de la inscripción impide añadir a la sociedad irregular apelativos; VALPUESTA GASTAMINZA, E. M., *La Sociedad. . . , op. cit.*, pág. 108. Dada la consagración legal del tipo concreto de irregularidad de la sociedad anónima antes que la teoría general, parece que por ahora puede hablarse de la existencia legal de sociedades anónimas irregulares. No obstante, la terminología no debe hacer caer en el equívoco de que en la sociedad anónima irregular existe una sociedad anónima de algún tipo. Simplemente, quiere decirse que hay un régimen concreto para ese caso de irregularidad.

[Ver Texto](#)

(137)

VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, pág. 1. Abre su obra, destinada al estudio del concurso de la sociedad irregular, aludiendo a la realidad de la irregularidad en el tráfico negocial en España. Dice, incluso, que las irregulares son tenidas, por muchos empresarios, como una forma más de estructurar la actuación en el tráfico como sociedad.

[Ver Texto](#)

(138)

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *op. cit.*, pág. 628. La Ley de Sociedades Anónimas ha introducido, de forma vergonzante, en nuestro ordenamiento un sistema que apenas cuenta con algún precedente en el Derecho comparado.

[Ver Texto](#)

- (139)** ALONSO LEDESMA, C., *op. cit.*, págs. 989-990. Como el derecho fundamental de asociación significa que el nacimiento de un ente asociativo no puede someterse a un control administrativo previo, esto supone que la inscripción en un registro público puede tener carácter constitutivo de determinados tipos societarios pero es necesario que la ley reconozca la aparición de una entidad societaria sin necesidad de inscripción; PINO ABAD, M., *op. cit.*, págs. 220 y ss.
-
- [Ver Texto](#)
- (140)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 3 y ss. La sociedad irregular no supone, en sí misma, una situación fraudulenta y, por tanto, no merece una sanción. Lo que resulta necesario es que a esa realidad, a su actuación, se le aplique el régimen ordinario de cualquier sujeto.
-
- [Ver Texto](#)
- (141)** FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *op. cit.*, págs. 615-616. Bajo la denominación de sociedad irregular se comprenden supuestos de variada índole caracterizados todos ellos por el común denominador de concurrir entre los intervinientes la voluntad de constituir una sociedad anónima y estar y permanecer en sociedad, vinculándose entre sí con lazos de esta naturaleza, no obstante lo cual pretende actuar en el tráfico de forma permanente como sociedad no inscrita, sin someterse a las reglas de constitución propias de la sociedad anónima.
-
- [Ver Texto](#)
- (142)** GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, I, 7.ª ed. 1976, págs. 433-435. En el mismo sentido de negar la personalidad jurídica pero reconociendo la necesidad de reconocer eficacia a las relaciones jurídicas con terceros que hubieran perfeccionado las sociedades irregulares se encuentra LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, I, Barcelona, 1950, págs. 429 y ss., y en «La compañía mercantil irregular», *RDM*, 25, 1950, págs. 7 y ss.
-
- [Ver Texto](#)
- (143)** Así lo pone de manifiesto VALPUESTA GASTAMINZA, E. M., *La Sociedad. . .*, *op. cit.*, págs. 71 y ss.
-
- [Ver Texto](#)
- (144)** VALPUESTA GASTAMINZA, E. M., *La Sociedad. . .*, *op. cit.*, págs. 72 y ss.
-
- [Ver Texto](#)
- (145)** VALPUESTA GASTAMINZA, E. M., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 23.
-
- [Ver Texto](#)
- (146)** MARTÍN REYES, M. A., *op. cit.*, pág. 3866. El reconocer personalidad jurídica a la sociedad irregular es más acertado desde el punto de vista práctico y finalista al permitir contemplar al ente societario desde el momento en que inicia su actividad. Esto no es así, sin embargo, cuando el ente societario no haya nacido de un acuerdo de voluntades sino en virtud de una declaración unilateral formulada por una persona.
-
- [Ver Texto](#)
- (147)** GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, *op. cit.*, págs. 226 y ss. ; «Las sociedades irregulares», *ADC*, 1951, págs. 1291 y ss. ; *Derecho de Sociedades Anónimas*, *op. cit.*, págs. 165 y ss. La tesis de Girón ha sido seguida por la mayor parte de la doctrina.

[Ver Texto](#)

- (148)** PINO ABAD, M., *op. cit.*, págs. 228 y ss. Del art. 1669 CC se extrae la consecuencia de que para que la sociedad adquiera personalidad jurídica es preciso que se constate públicamente la misma, bastando la publicidad de hecho, y que se manifieste como tal frente a terceros.

[Ver Texto](#)

- (149)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 28-30. Nos recuerda cómo Girón basó esta circunstancia en el principio de publicidad material negativa, que aparece recogido en el art. 24 CCo en su redacción anterior a la reforma operada en el mismo en el año 89. Ante esta doctrina dice que del art. 21 del mismo texto legal pueden extraerse las mismas consecuencias en lo relativo a la irregularidad.

[Ver Texto](#)

- (150)** En sentido distinto, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 64. No se puede hablar de personalidad jurídica pero comparte la opinión de quienes ven en la posición recogida en el art. 16 TRLSA un intento inequívoco de dotar a las sociedades irregulares de personalidad o personificación frente a terceros, y en «El presupuesto subjetivo. . .», *op. cit.*, págs. 1210-1211; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, pág. 30. Parece no admitir la personalidad jurídica de las sociedades irregulares ya que, cuando alude a ellas, las identifica con falta de personalidad jurídica; LÓPEZ SANTANA, N., *op. cit.*, págs. 1137 y ss. Precisamente considera que la Ley Concursal da sentido a la consideración de las sociedades irregulares como carentes de personalidad jurídica. *** (152) MORILLAS JARILLO, M. J., «La sociedad. . .», *op. cit.*, pág. 2509. Recuerda esta evolución jurisprudencial sobre la base de las referencias realizadas por CALZADA CONDE; VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 9-11. Nos dice, sin embargo, que la jurisprudencia en materia de sociedad irregular es vacilante y contradictoria; PINO ABAD, M., *op. cit.*, págs. 232-234.

[Ver Texto](#)

- (151)** FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *op. cit.*, pág. 622.

[Ver Texto](#)

- (152)** MARÍN REYES, M. A., *op. cit.*, págs. 3870-3871. La falta de voluntad se refiere a la inscripción no a la actuación en el mercado; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *op. cit.*, pág. 616. Las particularidades normativas de esta figura comienzan desde que se acredita la voluntad de excluir con carácter permanente el requisito de la inscripción, y en pág. 634: el verificar la voluntad de no inscribir la sociedad no resulta tarea fácil. Incluso, puede resultar imposible, cosa que no habría ocurrido si el legislador se hubiera limitado a establecer una presunción.

[Ver Texto](#)

- (153)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 15 y ss. Son tres los rasgos caracterizadores de la sociedad irregular: sociedad con objeto mercantil, sociedad externa y sociedad no inscrita.

[Ver Texto](#)

- (154)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 18. En la opinión de la mayoría de los autores, la sociedad interna se rige por las normas de la comunidad de bienes por mandato expreso del art. 1669 CC, además de carecer de personalidad jurídica.

[Ver Texto](#)

- (155)** La intención de no inscribir la sociedad puede incluso estar presente *ab initio*.
[Ver Texto](#)
-
- (156)** MORILLAS JARILLO, M. J., «La sociedad. . . », *op. cit.*, pág. 2513. No encuentra inconveniente en admitir que las partes puedan pactar un plazo inferior para que la sociedad quede constituida, transcurrido el cual, se estaría ante una sociedad irregular.
[Ver Texto](#)
-
- (157)** MARTÍN REYES, M. A., *op. cit.*, pág. 3873. Aunque es posible probar la voluntad de no inscribir por otros medios.
[Ver Texto](#)
-
- (158)** *Vid.* al respecto MORILLAS JARILLO, M. J., «La sociedad. . . », *op. cit.*, pág. 2514, notas núm. 23 y 24.
[Ver Texto](#)
-
- (159)** MORILLAS JARILLO, M. J., «La sociedad. . . », *op. cit.*, pág. 2515; VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 20-21 y 49 y 50. El que la existencia o no de la escritura no añade nada al régimen de la irregularidad, no impide que cuando la sociedad actúe sin haberla otorgado en un plazo prudencial, esa actuación pueda ser considerada como demostrativa de la falta de voluntad de inscribir.
[Ver Texto](#)
-
- (160)** FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *op. cit.*, pág. 636.
[Ver Texto](#)
-
- (161)** MARTÍN REYES, M. A., *op. cit.*, págs. 3871-3872. Quien dice que a pesar de que esta postura sería la lógica, el legislador parece mantener una consideración amplia de la irregularidad. Para ello no sólo menciona el propio art. 16, sino también el 322-2 RRM.
[Ver Texto](#)
-
- (162)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 19-20. El hecho de no estar inscritas supone que no pueden obtener las consecuencias de la inscripción: no pueden oponer los pactos no inscritos y no pueden lograr una limitación de la responsabilidad, si es que la pretendían.
[Ver Texto](#)
-
- (163)** Así lo entiende MARTÍN REYES, M. A., *op. cit.*, pág. 3875.
[Ver Texto](#)
-
- (164)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 54. La facultad de disolución es desacertada e injustificada.
[Ver Texto](#)
-
- (165)** FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *op. cit.*, pág. 640. La *ratio* de la norma contenida en el art. 16. 1 es

garantizar el respeto a la voluntad electora del tipo social; EIZAGUIRRE, J. M., «La sociedad nula», *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pág. 309.

[Ver Texto](#)

- (166)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 56 y 61 a 65.

[Ver Texto](#)

- (167)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 57.

[Ver Texto](#)

- (168)** MORILLAS JARILLO, M. J., «La sociedad. . . », *op. cit.*, pág. 2517; MARTÍN REYES, M. A., *op. cit.*, pág. 3873. Se refiere a las que se realicen en orden a la finalidad social pretendida u objeto social.

[Ver Texto](#)

- (169)** MORILLAS JARILLO, M. J., «La sociedad. . . », *op. cit.*, pág. 2518; MARTÍN REYES, M. A., *op. cit.*, págs. 3875-3876.

[Ver Texto](#)

- (170)** FORNIÉS BAIGORRI, A., *op. cit.*, pág. 1391. Para diferenciar a la sociedad civil de la mercantil, considera esencial el criterio objetivo que debe de completarse con el criterio formal. El tipo mercantil exige materia mercantil.

[Ver Texto](#)

- (171)** Para otras posibles soluciones a la irregularidad adoptadas por diversos sistemas jurídicos, *vid.* MORILLAS JARILLO, M. J., «La sociedad. . . », *op. cit.*, págs. 2522 y ss., donde también alude a los problemas que plantea la solución adoptada por el legislador español.

[Ver Texto](#)

- (172)** MORILLAS JARILLO, M. J., «La sociedad. . . », *op. cit.*, págs. 2531 y ss. Recuerda cómo el tema de las dificultades derivadas del criterio legal es olvidado por muchos autores. Aplicar el criterio del objeto en lugar del de la forma lleva a resurgir, en el ámbito de las sociedades irregulares, inconvenientes que ya se habían superado en relación con las sociedades civiles con forma mercantil.

[Ver Texto](#)

- (173)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 58. El posible perjuicio del acreedor particular no es ni injusto ni injustificado.

[Ver Texto](#)

- (174)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 59-61.

[Ver Texto](#)

- (175)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 83-85.

[Ver Texto](#)

- (176)** MORILLAS JARILLO, M. J., «La sociedad. . . , *op. cit.*, pág. 2519.

[Ver Texto](#)

- (177)** No obstante, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda, la núm. 231, en la que solicitaba incluir a las sociedades irregulares dentro de los sujetos susceptibles de concurso.

[Ver Texto](#)

- (178)** GARCÍA VILLAVERDE, R., *op. cit.*, pág. 50. No está seguro de que con esa supresión se haya hecho bien.

[Ver Texto](#)

- (179)** MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . . , op. cit.*, pág. 157; LÓPEZ SANTANA, N., *op. cit.*, pág. 1134. La Ley Concursal no es la sede más adecuada para zanjar la cuestión de si la sociedad irregular puede ser declarada en concurso. Por el contrario, contribuiría a aumentar la confusión existente. Por ello, esta Ley lo que hace es dejar paso al derecho sustantivo para que sea este el que ponga orden en lo relativo a la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.

[Ver Texto](#)

- (180)** Ello no obsta para que exista quien aun hoy se la niegue. Es interesante ver MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . . , op. cit.*, págs. 144-147, donde se recogen diversas opiniones doctrinales negadoras de la posibilidad de declarar en quiebra a la sociedad irregular, precisamente, porque le niegan su personalidad jurídica.

[Ver Texto](#)

- (181)** LÓPEZ SANTANA, N., *op. cit.*, págs. 1111 y ss., para quien continúa abierta la polémica sobre la capacidad concursal de las sociedades irregulares, incluso resurge con más fuerza tras la promulgación de la Ley Concursal ya que quedan en entredicho los argumentos que se aducían con anterioridad en defensa de la personalidad jurídica de la sociedad irregular.

[Ver Texto](#)

- (182)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, pág. 36.

[Ver Texto](#)

- (183)** LÓPEZ SANTANA, N., *op. cit.*, págs. 1114-1115. Para quien el art. 322-3 RRM ha de entenderse derogado tras la promulgación de la Ley Concursal. Con lo cual, no se podría argüir como argumento a favor del reconocimiento de la posibilidad de concurso de las sociedades irregulares.

[Ver Texto](#)

- (184)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, págs. 82-83. En todo caso, considera mejor este silencio que la referencia contenida en el Anteproyecto de 1983, donde al partir de la crisis del patrimonio o fondo común parece que no atribuía personalidad jurídica a la sociedad irregular.

[Ver Texto](#)

- (185)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, pág. 37.
-
- [Ver Texto](#)
- (186)** MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . . , op. cit.*, pág. 163. Negar la posibilidad de declaración de concurso de la sociedad irregular impide distinguir entre deudas de la sociedad y deudas personales de los socios.
-
- [Ver Texto](#)
- (187)** RONCERO SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, pág. 188. A los socios de la sociedad en formación se les aplican las normas previstas para la sociedad colectiva que prevé la responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales.
-
- [Ver Texto](#)
- (188)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, pág. 97. La declaración del concurso supone una especie de regularidad sobrevenida, aunque en realidad no es tal.
-
- [Ver Texto](#)
- (189)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, págs. 99 y ss. Aunque se aporte la escritura es más que discutible que esa escritura pueda inscribirse como constitutiva de una sociedad que lleva tiempo constituida, aunque como irregular, y operando en el tráfico.
-
- [Ver Texto](#)
- (190)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, pág. 103. De inscripción no tiene más que el nombre.
-
- [Ver Texto](#)
- (191)** MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . . , op. cit.*, págs. 165-166. Con esta inscripción la sociedad irregular no adquiere la personalidad jurídica pretendida por los socios ya que éstos no han procedido voluntariamente a regularizarla.
-
- [Ver Texto](#)
- (192)** Así lo defiende VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, págs. 105-106. Si la inscripción tiene un mero carácter instrumental para permitir dejar constancia del concurso, concluido éste, no tendría sentido su mantenimiento. En contra ROJO, A., «Presupuesto. . . », *op. cit.*, pág. 152.
-
- [Ver Texto](#)
- (193)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, pág. 106. Dice que la ley se refiere en ese artículo específicamente a la sociedad irregular, aunque no con esas palabras.
-
- [Ver Texto](#)
- (194)** *Vid.*, entre otros, FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., «La propuesta anticipada de convenio en la Ley Concursal», *RDM*, 2004, núm. 251, pág. 206; GALÁN CORONA, E., «Consideraciones sobre el denominado "convenio anticipado" en la Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal*, Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. IV, Madrid, 2005, págs. 4556-4557; SACRISTÁN REPRESA, M., «El convenio anticipado en la LC (notas

sobre su régimen jurídico específico)»; *Estudios sobre la Ley Concursal*, Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. IV, Madrid, 2005, págs. 4732-4735.

[Ver Texto](#)

- (195)** Entre ellos se encuentra, VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 109-112.

[Ver Texto](#)

- (196)** ROJO, A., *El convenio anticipado*, Madrid, 2004, pág. 69.

[Ver Texto](#)

- (197)** Así, VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 107. Considerando que también sería fraudulento el que una sociedad irregular, que lleva largo tiempo actuando sin inscripción, se inscriba pocos días antes de la solicitud para escapar de esa prohibición.

[Ver Texto](#)

- (198)** ROJO, A., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 152.

[Ver Texto](#)

- (199)** Así lo entiende PAZ-ARES, C., *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, 1993, págs. 21-22, nota núm. 3.

[Ver Texto](#)

- (200)** En relación con esta supresión hay que tener en cuenta esta parte de la Exposición de Motivos de la LC:

Original es también, respecto del derecho anterior, la regulación de los efectos del concurso de la sociedad sobre los socios subsidiariamente responsables de las deudas de ésta, que se reduce a atribuir a la administración concursal la legitimación exclusiva para ejercitar la correspondiente acción una vez aprobado el convenio o abierta la liquidación. Se evitan así tanto la extensión automática del concurso a personas que, aun responsables de las deudas sociales, pueden ser solventes, como las reclamaciones individuales de los acreedores contra los socios, perturbadoras del buen orden del concurso.

[Ver Texto](#)

- (201)** Defendida, entre otros, por ROJO, A., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 147; VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 93-95; MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 161 y ss.

[Ver Texto](#)

- (202)** VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 135-136. La concreción que va a tener el juez para actuar en este ámbito va a restar gran parte de operatividad a la medida del embargo.

[Ver Texto](#)

- (203)** GARNICA MARTÍN, J., «Artículo 25», *Comentarios a la Ley Concursal*, dir. J. M. SAGRERA TIZÓN, A. SALA REIXACHS y A. FERRER BARRIENTOS, t. I, Barcelona, 2004, págs. 292-293. Además de poner de manifiesto que esta norma deja un importante número de cuestiones sin resolver, señala que la misma contiene una regla especial que no admite interpretación extensiva. Dice que las reglas generales de

acumulación de acciones y acumulación de autos establecidas en la LEC no son de aplicación para justificar la acumulabilidad de los concursos de dos deudores distintos.

[Ver Texto](#)

(204) El párrafo segundo no hace referencia a la acumulación del concurso del ente sin personalidad jurídica y los de quienes respondan personalmente de las deudas contraídas por el mismo, sino solamente a la acumulación de los de estos últimos. Y ello, está claro, en la medida en que conforme a la LC no cabe el concurso de quienes carezcan de personalidad jurídica.

[Ver Texto](#)

(205) EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de Sociedades y Derecho Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005, pág. 1902. La acumulación de procedimientos no es un efecto inexorable. Hay que solicitarla y la decisión la adopta el juez. No hay obligación de presentar la solicitud, y si se presenta, el juez no está obligado a concederla sin más.

[Ver Texto](#)

(206) MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . . , op. cit.*, pág. 122. Se tramitan de forma coordinada pero con separación; VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, pág. 121; EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y derecho concursal», *op. cit.*, pág. 1902.

[Ver Texto](#)

(207) MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . . , op. cit.*, págs. 128-129. Esto diferencia a la acumulación de concursos de la declaración de concurso conjunta, donde no hay acumulación porque no hay pluralidad de declaraciones: hay una solicitud y una declaración referida de forma conjunta a varios deudores.

[Ver Texto](#)

(208) VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, pág. 118.

[Ver Texto](#)

(209) VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, pág. 122. El condicionamiento no es consecuencia de la acumulación sino una justificación de la posibilidad de ésta.

[Ver Texto](#)

(210) VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, pág. 124. Aunque el art. 25. 4 parece que presupone que ese condicionamiento se produce siempre que hay acumulación, lo cual considera ilógico.

[Ver Texto](#)

(211) VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, págs. 128-129.

[Ver Texto](#)

(212) VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . . , op. cit.*, págs. 130-132. Sobre los problemas que plantea la determinación precisa del momento a partir del cual puede ejercitarse la acción.

[Ver Texto](#)

- (213)** BELTRÁN, E., «Artículo 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica», *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, dir. A. ROJO y E. BELTRÁN, Madrid, 2004, pág. 988.

[Ver Texto](#)

- (214)** Entre ellos, *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F. «Presupuesto subjetivo. . . », *op. cit.*, pág. 70; VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso. . .*, *op. cit.*, págs. 134-135.

[Ver Texto](#)

- (215)** SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, págs. 48 y ss., y en «Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades», *ADC*, 5, 2005, pág. 10.

[Ver Texto](#)

- (216)** EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y derecho concursal», *op. cit.*, pág. 1886. Aunque no es lo más frecuente, tampoco es imposible que el concurso de una de las sociedades integrantes de un grupo sea totalmente ajeno a la pertenencia de aquélla al mismo.

[Ver Texto](#)

- (217)** SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Algunas cuestiones. . . », *op. cit.*, pág. 11. El concurso se puede contagiar entre las distintas sociedades del grupo; RUIZ PERIS, J. I., «Concurso y empresas económicamente vinculadas», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005, págs. 2291-2292. En el supuesto de los grupos se debilita la percepción de la alteridad empresarial por parte del legislador y le atribuye determinadas consecuencias normativas. La alteridad empresarial exige que la eficiencia y la competitividad de una empresa no dependa necesariamente de la eficiencia y competitividad de otra.

[Ver Texto](#)

- (218)** EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y derecho concursal», *op. cit.*, pág. 1887. Reconoce la escasa importancia de la aportación doctrinal y jurisprudencial al respecto y alude a otros sistemas que también recogen normas en este sentido.

[Ver Texto](#)

- (219)** En lo relativo a la regulación de los grupos en España hay que recordar que ha sido la legislación tributaria, al igual que en otros muchos casos, la que primero ha regulado esta materia aunque, está claro, con un objeto muy limitado. En concreto, se sitúa la primera norma al respecto en el Real Decreto Ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública donde incluso se incluye una definición de grupo. *Vid.*, además, ROJO, A., «Los Grupos de Sociedades en el Derecho Español», *RDM*, 220, 1996, págs. 457 y ss. Nos recuerda que la problemática de los grupos de sociedades era completamente ajena a la legislación concursal mercantil española, lo cual no resulta extraño si se tiene en cuenta que el modelo de deudor, en la legislación anteriormente vigente, era el comerciante individual.

[Ver Texto](#)

- (220)** Los integrantes del grupo pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas. *Vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español»; *Derecho de Sociedades*, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, vol. V, Madrid, 2002, pág. 5306.

[Ver Texto](#)

- (221) EMBID IRUJO, J. M., «Sobre el concepto y significado del grupo de sociedades en la Ley Concursal», *RCP*, 4, 2006, pág. 69; *Vid.*, además, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Algunas cuestiones. . . », *op. cit.*, págs. 12-14.

Ver Texto

- (222) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, págs. 67-68. La pertenencia a un grupo conlleva para sus miembros aspectos favorables y desfavorables. Favorables, porque formar parte del mismo conlleva una cierta presunción de solvencia que facilita la obtención de un crédito. En este sentido, sería fundamental considerar a las sociedades conjuntamente como una sociedad policorporativa, cuyos miembros están subordinados a la misma gestión y dirección y con un patrimonio agregado, que jurídicamente está integrado por los patrimonios independientes pero se suele considerar como un elemento global de garantía del cumplimiento de las obligaciones de cada uno de los miembros del grupo. Desfavorable, porque por las mismas circunstancias ya señaladas, podría ocurrir que una sociedad solvente se viera afectada por un procedimiento concursal y en «Algunas cuestiones. . . », *op. cit.*, págs. 20-21.

Ver Texto

- (223) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, págs. 69-70. Esto no es culpa de la normativa concursal. La regulación de la insolvencia de los grupos exige una disciplina adecuada del fenómeno de los grupos de que carece el derecho español.

Ver Texto

- (224) FERRÉ FALCÓN, J., «El grupo de sociedades y la declaración de concurso en la nueva normativa concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005, pág. 1932. Nos recuerda que, sin embargo, la Sección Especial para la Reforma Concursal de la Comisión General de Codificación preveía en los primeros borradores incorporar un concepto de grupo y dedicar un título específico al concurso de los grupos (227) EMBID IRUJO, J. M., «Sobre el concepto. . . », *op. cit.*, pág. 65. Distingue a la Ley Concursal española de otros ordenamientos, el significativo conjunto de referencias que encontramos en su articulado al fenómeno de los grupos de sociedades. En nuestro tiempo resulta obligado contar con la realidad del grupo a la hora de contemplar la situación de insolvencia de sus sociedades integrantes.

Ver Texto

- (225) ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., «Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo», *RdS*, 29, 2007-2, pág. 20. Los aspectos procesales que se contemplan en la ley concursal no siempre están exentos de problemas prácticos; EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y derecho con— derecursal », *op. cit.*, pág. 1892. A pesar de que la perspectiva desde la que la Ley Concursal aborda las relaciones entre el grupo de sociedades y el Derecho Concursal es procesal, existen preceptos que permiten un tratamiento más sustantivo de la cuestión.

Ver Texto

- (226) *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Algunas cuestiones. . . », *op. cit.*, pág. 9. Destaca la importancia que tendrá el complemento jurisdiccional de la Ley Concursal. En particular, en materia de concurso de grupos realizarán una genuina labor de integración jurídica, supliendo lagunas del ordenamiento jurídico y enunciando principios para afrontar la materia.

Ver Texto

- (227) EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y derecho concursal», *op. cit.*, págs. 1897 y ss. No existe razón aparente que justifique un concepto propio de grupo dentro del Derecho concursal. Por ello debe partirse de los presupuestos universalmente reconocidos como elementos caracterizadores de la figura

de grupo; FERRÉ FALCÓN, J., *op. cit.*, pág. 1935. Califica la ausencia de concepto como un defecto legal; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Artículo 25. Acumulación de concursos»; *Comentarios a la Legislación Concursal*, t. I, dir. J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCO CER GARA U, Madrid, 2004, pág. 517. Dados los escasos elementos que ofrece el sistema concursal de la Ley Concursal, habrá que optar por alguno de los conceptos ofrecidos por el ordenamiento español.

[Ver Texto](#)

- (228)** SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., «El concepto de grupo en la Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, t. II, Madrid, 2005, pág. 2313. Habla de un escaso respeto de nuestro legislador en el manejo del lenguaje.

[Ver Texto](#)

- (229)** ROJO, A., «Los Grupos. . . », *op. cit.*, págs. 467 y ss. Para quien en tanto la ley no defina el grupo de sociedades con carácter general, es válido el concepto del mismo que se recoge en el art. 42 CCo.

[Ver Texto](#)

- (230)** EMBID IRUJO, J. M., «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español», *RdS*, 30, 2008-1, pág. 21. La determinación de la existencia de control es más sencilla que la de unidad de decisión.

[Ver Texto](#)

- (231)** ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., *op. cit.*, pág. 21.

[Ver Texto](#)

- (232)** EMBID IRUJO, J. M., «Un paso adelante», *cit.*, págs. 20-21. Le suscita perplejidad las recientes reformas legislativas en materia de grupos. El reciente proceso de cambio normativo vuelve a poner de manifiesto la ausencia de una política legislativa nítida alrededor del concepto de grupo y su continua modificación arroja serias dudas sobre la adecuada comprensión de las características empresariales de la figura. Además las sucesivas reformas no logran el objetivo de un concepto unitario de grupo, al menos en lo que se refiere al Derecho Mercantil, cuyo logro hubiera justificado las reformas.

[Ver Texto](#)

- (233)** A la unidad de decisión también hacia referencia la LMV en su art. 4, incluso antes que ese elemento se introdujera en el CCo con la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Eso hizo, precisamente, que se propusiera ese concepto como el más adecuado para identificar la realidad del grupo. Hoy día también esto ha cambiado ya que la nueva redacción del art. 4 LMV dada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modifica la Ley del Mercado de Valores, le ha vaciado de contenido limitándose a contener una remisión a la definición que del grupo de sociedades se recoge en el art. 42 CCo. *Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «Un paso adelante. . . », *op. cit.*, págs. 27-28.

[Ver Texto](#)

- (234)** Así lo recuerda EMBID IRUJO, J. M., «Sobre el concepto. . . », *op. cit.*, pág. 67. Incluso antes de que esa expresión fuera utilizada por el CCo ya era preferida por la doctrina. *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 70. Estimaba más correcto el concepto contenido en el art. 4 LMV por la afinidad que se aprecia entre la finalidad de la regulación del mercado de valores; ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., *op. cit.*, pág. 20; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., *op. cit.*, págs. 2320 y ss.

[Ver Texto](#)

(235) EMBID IRUJO, J. M., «Sobre el concepto. . . », *op. cit.*, pág. 76. Según se trate de un grupo por subordinación o de un grupo paritario, la unidad de decisión sigue un recorrido diferente. En el primer caso, la unidad de dirección es el resultado de una previa relación de dominio o de control. En el segundo, la unidad de decisión asciende desde la base integrada de las entidades que deciden agruparse hasta el vértice del grupo en cuyo ámbito encontramos a quien ejerce las tareas de coordinar la actuación de aquéllas.

[Ver Texto](#)

(236) ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., *op. cit.*, pág. 21. Artículo que establece los presupuestos para la declaración conjunta de todas las entidades del grupo y cuyo ámbito de aplicación es en principio esencialmente procesal.

[Ver Texto](#)

(237) Este concepto de grupo estaba más en consonancia con el recogido en el art. 42. 1 CCo en su redacción anterior a la actual, dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. *Vid.* EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y derecho concursal», *op. cit.*, pág. 1892. Esta norma abre la puerta a lo que cabría denominar concepto de grupo.

[Ver Texto](#)

(238) FERRÉ FALCÓN, J., *op. cit.*, págs. 1941-1942.

[Ver Texto](#)

(239) FERRÉ FALCÓN, J., *op. cit.*, pág. 1942.

[Ver Texto](#)

(240) Así EMBID IRUJO, J. M., «Sobre el concepto. . . », *op. cit.*, págs. 71-72. La referencia a la identidad sustancial de sus miembros puede interpretarse como un elemento relativizador de su condición originaria de sujetos de derecho. Dice que se lleva a cabo una especie de levantamiento del velo de la personalidad jurídica de los sujetos de derecho afectados y en «Grupos de sociedades y derecho concursal», *op. cit.*, págs. 1900-1901.

[Ver Texto](#)

(241) Así, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Legitimación. Artículo 3. 5», *Comentarios a la Legislación Concursal*, t. I, dir. J. PULGAR EZQUERRA; C. ALONSO LEDESMA; A. ALONSO UREBA y G. ALCOVER GARAU, Madrid, 2004, pág. 202.

[Ver Texto](#)

(242) DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Legitimación. . . », *op. cit.*, págs. 202-203; EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y derecho concursal», *op. cit.*, págs. 1898-1899.

[Ver Texto](#)

(243) ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., *op. cit.*, pág. 21.

[Ver Texto](#)

- (244) Así lo entienden ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., *op. cit.*, págs. 21-22. Restringirlo a los supuestos de unidad de dirección supondría impedir un importante ahorro de costes procesales que conlleva la posibilidad de la declaración conjunta.

[Ver Texto](#)

- (245) MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 114. Se trata de una legitimación extraordinariamente restrictiva.

[Ver Texto](#)

- (246) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, págs. 167-168. El artículo 3. 5 hubiera eliminado toda duda si hubiera matizado que la declaración judicial conjunta referida a sociedades de un mismo grupo sólo es admisible si la insolvencia afecta a todas y cada una de las sociedades para las que se hubiera instado y en «Algunas cuestiones. . .», *op. cit.*, pág. 44.

[Ver Texto](#)

- (247) EMBID IRUJO, J. M., «Sobre el concepto. . .», *op. cit.*, pág. 71. La referencia a la identidad sustancial de sus miembros puede interpretarse como un elemento relativizador de su condición originaria de sujetos de derecho. Dice que se lleva a cabo una especie de levantamiento del velo de la personalidad jurídica de los sujetos de derecho afectados.

[Ver Texto](#)

- (248) ALONSO ESPINOSA, F. J., *op. cit.*, pág. 921. La Ley Concursal se ajusta al principio según el cual cada sujeto declarado en concurso debe haberlo sido de acuerdo con un procedimiento específico y propio que haya permitido al afectado su audiencia y efectiva tutela de sus derechos y el control judicial de los presupuestos legales para la declaración del concurso; FERRÉ FALCÓN, J., *op. cit.*, págs. 1945-1946; MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 122.

[Ver Texto](#)

- (249) EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y derecho concursal», *op. cit.*, pág. 1903. La existencia del grupo no es, por sí sola, susceptible de desencadenar una responsabilidad en su seno.

[Ver Texto](#)

- (250) EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y derecho concursal», *op. cit.*, pág. 1893. Es la norma básica en punto a los efectos formales derivados del concurso de una o varias sociedades integradas en un grupo.

[Ver Texto](#)

- (251) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Algunas cuestiones. . .», *op. cit.*, págs. 45-46. No es necesario que el concurso de la sociedad dominante sea el primero en el tiempo para que la acumulación sea posible. También entiende que no es necesaria una relación jerárquica entre las sociedades insolventes; EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y derecho concursal», *op. cit.*, págs. 1902-1903. Admite que el concurso de la sociedad dominante sea declarado con posterioridad. También admite la posibilidad de acumular concursos referidos a sociedades dominadas del grupo.

[Ver Texto](#)

- (252) DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Artículo 25. Acumulación de concursos»; *cit.*, pág. 517. La acumulación de los concursos de las sociedades de un mismo grupo es una exigencia de las relaciones de poder que

existen entre dominante y dominadas, en virtud de las cuales se produce una unidad económica funcional aun cuando las partes integrantes pertenezcan jurídicamente a varias sociedades formalmente independientes.

[Ver Texto](#)

- (253)** EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y derecho concursal», *op. cit.*, pág. 1902.

[Ver Texto](#)

- (254)** Así lo afirman ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., *op. cit.*, pág. 23.

[Ver Texto](#)

- (255)** SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Algunas cuestiones. . . », *op. cit.*, págs. 37-41.

[Ver Texto](#)

- (256)** Así lo recuerda BOLDÓ, C., *op. cit.*, págs. 53-54.

[Ver Texto](#)

- (257)** EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y derecho concursal», *op. cit.*, pág. 1893. Podría decirse que constituyen créditos postergados.

[Ver Texto](#)

- (258)** SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Algunas cuestiones. . . », *op. cit.*, págs. 47 y ss. Esto llevará cambios en las líneas de financiación intra grupo.

[Ver Texto](#)

- (259)** Aunque sí encontramos referencias en la misma que se pueden tener en cuenta, como el art. 3. 5 o el 25. 2.

[Ver Texto](#)

- (260)** SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 47, y «El presupuesto subjetivo. . . », *op. cit.*, pág. 1198.

[Ver Texto](#)

- (261)** PINO ABAD, M., *op. cit.*, págs. 202-203. Es la ley la que otorga la cualidad de persona jurídica a determinados entes y se la niega a otros. Para que gocen de personalidad jurídica es necesario que exista un reconocimiento legislativo expreso no siendo suficiente que se le configure como un sujeto de derechos y obligaciones.

[Ver Texto](#)

- (262)** SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo», *op. cit.*, pág. 46, y «El presupuesto subjetivo. . . », *op. cit.*, pág. 1198.

[Ver Texto](#)

- (263)** GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, págs. 428-429. El generalizar el concurso a entes sin personalidad pero con cierto grado de autonomía patrimonial es más adecuado en los momentos actuales, pues el ordenamiento jurídico les va reconociendo, progresivamente, una mayor capacidad de obrar; VICENT CHULIÁ, F., *op. cit.*, págs. 2396-2397. Procedería la aplicación analógica del concurso, por mandato del art. 4. 1 CC y por jurisprudencia de intereses, a las masas patrimoniales dotadas de cierta autonomía, que se hallen jurídicamente adscritas al pago de determinados acreedores aunque no tengan la plenitud de atributos de la persona jurídica que sólo se logra mediante la publicidad registral; LA CASA GARCÍA, R., *op. cit.*, págs. 137-138. Parece no estar de acuerdo con que el requisito de la personalidad sea estrictamente necesario. Así, admite el concurso de las asociaciones de hecho o nulas. Dice que no se pueden realizar conclusiones puramente automáticas sobre la base del tenor literal de las normas (art. 1. 1 LC). Habría que sopesar, caso por caso, si existen razones que justifiquen la declaración en concurso de entes sin personalidad jurídica.

[Ver Texto](#)

- (264)** MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso. . .*, *op. cit.*, pág. 134.

[Ver Texto](#)

- (265)** Entre ellos, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Presupuesto subjetivo. . .», *op. cit.*, págs. 47-48. Califica de acertada la decisión del legislador negando el acceso al procedimiento concursal a quienes carezcan de personalidad jurídica.

[Ver Texto](#)
