

PRESUPUESTOS GENERALES DE LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

SUMARIO: I. *Introducción.*— II. *Presupuestos Materiales.*— 1. *Condiciones subjetivas de la declaración de quiebra.*— A) *La cualidad de comerciante del quebrado.*— a) *Actualización del término comerciante.*— b) *Sociedades mercantiles y civiles.*— c) *Sociedades irregulares.*— a' *Tesis que niegan personalidad jurídica a las sociedades irregulares.*— b' *Tesis que conceden personalidad jurídica a las sociedades irregulares.*— d) *El empresario individual.*— a' *Capacidad legal.*— b' *Habitualidad.*— c' *Ejercicio del comercio en nombre propio.*— B) *La existencia de una pluralidad de acreedores.*— 2. *Condiciones objetivas de la declaración de quiebra.*— A) *Sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones en los Códigos de Comercio de 1829 y 1885.*— a) *El sobreseimiento en el pago de las obligaciones en el C.Com. de 1829.*— b) *El sobreseimiento en el pago de las obligaciones en el C.Com. de 1885.*— a' *La insolvencia definitiva.*— b' *El incumplimiento de las obligaciones.*— B) *EL sobreseimiento en el pago de las obligaciones en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922.*— C) *El presupuesto objetivo de la declaración de quiebra: Propuesta de Lege Ferenda.*— D) *La regulación del presupuesto objetivo en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995.*— III. *Presupuesto Formal: La declaración judicial de quiebra.*— 1. *Competencia.*— 2. *Partes legitimadas.*— A) *Solicitud del deudor.*— B) *Solicitud de los acreedores.*

I. INTRODUCCIÓN

La quiebra como fenómeno jurídico no es ni más ni menos que el reconocimiento y proclamación por los Tribunales de Justicia de las circunstancias y factores que dan entrada, en el campo del Derecho, al hecho económico de la quiebra ¹.

La anterior definición pone de manifiesto, por una parte, que sólo cabe hablar de quiebra a través de su reconocimiento y proclamación por los Tribunales de Justicia, lo que evidencia su carácter procesal y, por otra, que tal proclamación requiere la existencia previa de los presupuestos que la caracterizan, los cuales entran dentro del Derecho material, lo que determina que el fenómeno jurídico de la quiebra adquiera pleno sentido en ambos sectores del Ordenamiento: procesal y material ².

En efecto, para que el órgano judicial proceda a declarar el estado de quiebra se han de dar una serie de circunstancias de índole jurídico que permitan la entrada en el campo del Derecho al hecho económico de la quiebra, entendido como la insolvencia o impotencia patrimonial del deudor para satisfacer regularmente sus obligaciones, es decir, a cada vencimiento y con medios normales, y no por el simple «desequilibrio aritmético», ya que el crédito es un factor decisivo en el funcionamiento de las modernas empresas, que determina que aunque las mismas tengan en un momento determinado un pasivo superior al activo puedan atender con medios normales el cumplimiento de sus obligaciones sin acudir a procedimientos ilícitos ³.

1. Vid. RAMÍREZ, José A., *La Quiebra. Derecho Concursal Español*, Tomo I, Editorial Bosch, Casa Editorial, S.A., 2.ª Ed., Barcelona, 1998, p. 4.

2. Cfr. BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, 10.ª Ed., Madrid, 1994, p. 722; GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Imprenta Aguirre, 6.ª Ed., Madrid, 1974, pp. 375-378; RAMÍREZ, José A., *La Quiebra I*, *op. cit.*, p. 9; URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Editorial Marcial Pons, 23.ª Ed., Madrid, 1996, p. 1020.

3. Vid. APODACA Y OSUNA, F., *Presupuestos de la Quiebra*, Méjico, 1945, pp. 29 y 30; FERNÁNDEZ, Raimundo L., *Tratado teórico-práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra*, Buenos Aires, 1.937, p. 204; GONDRA ROMERO, José María, «Reflexiones en torno a la funcionalidad del sistema concursal proyectado», en «Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal», *R.F.D.U.C.*, Monográfico Núm. 8, 1985, pp. 152 y 153; RAMÍREZ, José A., *La Quiebra I*, p. 7; SATTÀ, Salva-

II. PRESUPUESTOS MATERIALES

En cuanto a las circunstancias que dan entrada en el campo del Derecho al estado económico de quiebra, se hace necesario el cumplimiento de una serie de condiciones, tanto desde el punto de vista subjetivo, cuales son la cualidad de comerciante del deudor y la existencia de una pluralidad de acreedores, como objetivo, como es el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones que recaen sobre el deudor.

1. **CONDICIONES SUBJETIVAS DE LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA**

A) La cualidad de comerciante del quebrado

La condición de comerciante del deudor común para la declaración de quiebra viene exigida por el art. 1014 C. Com. de 1829, en virtud del cual, quien no posea la cualidad de comerciante no puede constituirse ni ser declarado en estado de quiebra.

Por ello, dispone el art. 1318 de la L.E.C., que todo comerciante que se constituya en estado de quiebra quedará sujeto a los procedimientos que para este caso se establecen en el C. Com. y en el presente título (XIII, Libro II, L.E.C.), sin que pueda someterse a los ordenados para el concurso de acreedores.

Del mismo modo, este requisito de carácter subjetivo aparece recogido en numerosos preceptos, así, entre otros, en los arts. 874 C. Com. de 1885 y 1001 C. Com. de 1829: «*se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones*»; en el art. 877 C. Com. de 1885, que admite la posibilidad de declarar en quiebra al comerciante en caso de fuga u ocultación; en los arts. 887, 888, 889, 890 y 891, todos ellos del C. Com. de 1885, los cuales, al distinguir las clases de quiebras, aluden a la cualidad de comerciante del deudor.

Una vez admitido que sólo el comerciante puede ser sujeto pasivo del proceso de quiebra habrá que precisar el concepto de comercian-

dor, *Instituciones del Derecho de Quiebra*, traducción española de Fontanarrosa, Buenos Aires, 1.951, p. 54.

te en nuestro vigente C. Com., de 1885, para lo cual, se hace preciso acudir a su art. 1, que, si bien no lo define, sí señala quienes son, estableciendo que la cualidad de comerciante la ostentan aquellas personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él con habitualidad y las compañías mercantiles o industriales que se constituyeran con arreglo al propio Código.

Ahora bien, conviene precisar que el mencionado precepto ha de ser actualizado en un doble sentido: de un lado, ha de ser sustituido el concepto de comerciante por el de empresario y, de otro, se hace preciso integrar otros supuestos distintos a los empresarios individuales o sociales mencionados por el legislador.

Asimismo, hay que advertir que si bien el concepto de comerciante no plantea problemas en el supuesto de sociedades mercantiles, las cuales ostentan dicha cualidad de manera expresa en virtud de lo que se dispone en el número 2 del art. 1 C. Com., no sucede lo mismo con respecto al comerciante individual, ya que en este supuesto han de concurrir una serie de requisitos que acrediten tal condición, cuales son: ostentar capacidad legal para ejercer el comercio y que el ejercicio de dicha actividad ha de suceder con habitualidad y en nombre propio.

a) Actualización del término comerciante

Aunque en sus orígenes el Derecho Mercantil se configuró sobre la base del «*status*» del comerciante individual que actuaba, como tal, en el tráfico mercantil, en el momento actual el ejercicio del comercio se desarrolla principalmente a través de formas societarias mercantiles, lo que exige, a pesar del tenor gramatical de los preceptos mencionados con anterioridad, aludir al término empresario⁴, es decir, a la persona jurídica individual o colectiva, que, en nombre propio, realiza de

4. En este sentido, la STS de 24 de enero de 1990 (R.22), estableció que «*los conceptos de comerciante y acto de comercio están rebasados por el derecho mercantil actual, que contempla básicamente la actividad mercantil como fin esencial del derecho mercantil*».

5. Vid. BROSETA PONT, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, *op. cit.*, p. 83; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., (Coordinador), *Lecciones de Derecho Mercantil*,

forma profesional y organizada una actividad económica de producción o mediación de bienes o servicios para el mercado ⁵.

Como consecuencia de la necesaria actualización que en el momento actual ha de efectuarse del concepto de comerciante, debe entenderse el art. 1 C. Com. como un «estándar» jurídico, el cual ha de ser integrado por otros supuestos diferentes a los empresarios individuales o mercantiles mencionados por el legislador ⁶, puesto que la circunstancia que adquiere importancia jurídica para ser considerado empresario viene determinada no sólo por un criterio formal, cual es la forma jurídica que revista la sociedad, sino sobre todo por la actividad material que la misma realice, consistente en el ejercicio de una actividad empresarial ⁷.

b) *Sociedades mercantiles y civiles*

A estos efectos, no plantean problemas las *sociedades mercantiles*, pues de la redacción del art. 1 C. Com. es claro que las mismas revisten siempre la condición de empresarios, no sólo por la cualificación expresa que el citado precepto les otorga y por su inscripción necesaria en el Registro Mercantil, sino porque su objeto consiste siempre en el ejercicio de una actividad empresarial.

No es este el caso de las *sociedades sometidas a la legislación civil*, que tendrán la condición de empresarios si adoptan una de las formas reconocidas en el C. Com. (arts. 116 C.Com. y 1670 del C.C.) o si desarrollan una actividad mercantil, es decir, si su objeto social

Editorial Tecnos, 4.^a Ed., Madrid, 1997, pp. 75 y 76; URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

6. *Vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «La condición de comerciante a los efectos de la suspensión de pagos y de la quiebra», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Concursal*, C.G.P.J., Madrid, 1992, p. 323; GARCÍA VILLAVERDE, Rafael, «La Quiebra: Fuentes aplicables y presupuestos de su declaración», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Concursal*, C.G.P.J., Madrid, 1.992, p. 281.

7. *Vid.* CORDÓN MORENO, Faustino, *Suspensión de pagos y quiebra, Una visión jurisprudencial*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 41; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, La condición de comerciante a los efectos de la suspensión de pagos y de la quiebra, *op. cit.*, p. 330. *Cfr.* también STS de 21 de junio de 1983 (R. 3647).

posee naturaleza mercantil, consistente en la explotación de una verdadera empresa, pues, la circunstancia de que la regulación de dichas sociedades se rijan por el Derecho Civil no impide que puedan revestir carácter mercantil determinadas operaciones que las mismas realicen ⁸.

Esta nueva conceptualización de la condición de comerciante ha llevado a un sector de la doctrina ⁹ a defender la supresión de la clásica separación entre los concursos civiles y mercantiles y la unificación de un único procedimiento de ejecución universal. Tesis a la que nos adherimos, si se repara en que la quiebra y el concurso son procedimientos que tienden a resolver un único problema, cual es la insolvencia definitiva del comerciante.

c) *Sociedades irregulares*

Mayores problemas plantean las *sociedades irregulares*, esto es, las que constituidas en uso de la libertad proclamada por el art. 117 C. Com. de 1885 ¹⁰ carecen de escritura pública constitucional y de su inscripción en el Registro Mercantil o, simplemente, de este último requisito.

8. Vid. CORDÓN MORENO, Faustino, La suspensión de pagos y quiebra, *op. cit.*, p. 41; TORRES DE CRUELLS, Joaquín, MAS Y CALVET, Román, *La Suspensión de Pagos*, Bosch, Casa Editorial, S.A., 2.ª Ed., Barcelona, 1995, p. 54.

9. Vid. entre otros, BROSETA PONT, Manuel, Manual de derecho Mercantil, *op. cit.*, p. 719; CORDÓN MORENO, Faustino, Suspensión de pagos y quiebra, *op. cit.*, pp. 42 y 43; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, Editorial Colex, 2.ª Ed., Madrid, 2000, pp. 213 y 214; DE LA OLIVA, Andrés, *Derecho Procesal Civil. Los Procesos Especiales*, Tomo IV, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 3.ª Ed., Madrid, 1992, p. 364; GARCÍA VILLAVARDE, Rafael, La Quiebra: Fuentes aplicables y presupuestos de su declaración, *op. cit.*, p. 282; ILLESCAS ORTIZ, Rafael, «La reforma de la mecánica del Derecho concursal español: Procedimientos, jurisdicción, operadores», en *La Reforma del Derecho Concursal*, Cuadernos de Derecho y Comercio, Monográfico, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1997, pp. 17 y 18.

10. El art. 117 C. Com. de 1885 establece que «el contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho, será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código».

Admitido que en el aspecto interno, es decir, en las relaciones entre los socios, el incumplimiento de las formalidades de constitución no impide que tenga validez el contrato social (art. 117 C. Com. de 1885), el principal problema que suscita la sociedad irregular es el relativo a la constitución de la vertiente externa de la sociedad. Se trata de determinar si la sociedad tiene personalidad jurídica o no.

A este respecto, se pueden distinguir dos tesis: de un lado, la mantenida por la doctrina tradicional, que niega personalidad jurídica a las sociedades irregulares por no reunir las formalidades previstas en el art. 119 C.Com. y, de otro, la que defiende la doctrina moderna que, más flexible que la anterior, conduce a su pleno reconocimiento.

a' Tesis que niegan personalidad jurídica a las sociedades irregulares

La doctrina tradicional ¹¹ considera que el nacimiento de la sociedad como persona jurídica está ligado a determinados formalidades, que en el C. Com. son las que, a continuación, se exponen: el hacer constar su constitución, pactos y condiciones en escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil (art. 119 C. Com. de 1885 ¹²). Razón por la cual, sólo cuando se da cumplido acatamiento a lo dispuesto en el art. 119 C. Com. de 1885 la sociedad adquiere personalidad jurídica independiente de la de los socios.

Las consecuencias de este planteamiento son, principalmente, las dos siguientes: por una parte, la invalidez de los contratos celebrados por la sociedad con terceras personas, pues, el art. 118 C. Com. consi-

11. Vid. GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Vol. I, Imprenta Aguirre, 7.^a Ed., Madrid, 1976, pp. 340 y 341; RAMÍREZ, José A., *La Quiebra III*, *op. cit.*, p. 2277; TORRES DE CRUELLS, Joaquín, MAS Y CALVET, Román, *La suspensión de pagos*, *op. cit.*, p. 58; URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 172; VICENTE Y GELLA, Agustín, *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, Tomo I, Tipografía La Academia, 4.^a Ed., Zaragoza, 1960, pp. 172 y 173.

12. Art. 119 C.Com. de 1885: «*Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 17*» –actualmente, la remisión debe entenderse hecha al art. 19-.

dera válidos y eficaces los contratos entre las compañías mercantiles y cualesquiera personas capaces de obligarse, siempre y cuando aparecieren cumplidos los requisitos que expresa el art. 119 y, por otra, la responsabilidad solidaria de los encargados de la gestión social para con las personas extrañas a la sociedad con quienes contrataron en nombre de la sociedad no inscrita (art. 120 C. Com. de 1885 ¹³).

Consecuentemente con ello, la doctrina clásica ¹⁴ considera que las llamadas sociedades irregulares no pueden ser objeto de un procedimiento de quiebra por carecer de personalidad jurídica y que, cuando impropiaemente se hable de quiebra de una sociedad irregular, habrá que entender que los sujetos pasivos de la quiebra serán los socios encargados de la gestión social, quienes responderán solidariamente para con las personas extrañas a la sociedad con quienes hubieren contratado en nombre de la misma.

b' Tesis que conceden personalidad jurídica a las sociedades irregulares

El planteamiento de la doctrina tradicional, en opinión de GIRÓN TENA ¹⁵, no puede compartirse, ya que conduce, en términos generales, a favorecer a quienes se trataba de sancionar (a los socios que contraviniendo el art. 119 C. Com. omitieron la inscripción) y a perjudicar a quienes se trataba de proteger (a los terceros que contrataron con la sociedad no inscrita), pues, la negación de la personalidad jurídica a las sociedades irregulares, en la medida en que no permite la formación de un patrimonio separado, impide que los acreedores de la sociedad puedan satisfacer sus pretensiones con cargo a los bienes sociales.

13. Art. 120 del C. Com. de 1885: «*Los encargados de la gestión social que contravinieren lo dispuesto en el artículo anterior serán solidariamente responsables para con las personas extrañas a la sociedad con quienes hubieran contratado en nombre de la misma*».

14. *Vid.* GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil II*, *op. cit.*, pp. 467 y 468; RAMÍREZ, José A., *La Quiebra III*, pp. 2281 y 2282; TORRES DE CRUELLS, Joaquín, MAS Y CALVET, Román, *La suspensión de pagos*, *op. cit.*, pp. 58 y 59.

15. *Vid.* GIRÓN TENA, José, «Las sociedades irregulares», en *ADC*, 1951, pp. 1291 y ss.

Esta colisión entre los resultados alcanzados por la doctrina tradicional y los objetivos perseguidos por el Ordenamiento ha sido el factor decisivo que desencadenó la revisión de la materia llevada a cabo por el profesor GIRÓN TENA, revisión que, en definitiva, conduce al pleno reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad irregular, considerando que la publicidad registral que exigía la doctrina tradicional debe sustituirse por la mera publicidad de hecho, de manera que el reconocimiento de la personalidad jurídica quedaría vinculado a la exteriorización de la sociedad en el tráfico.

En efecto, la exégesis de los arts. 116.2 y 119 C. Com. de 1885 conduce a reconocer personalidad jurídica a las sociedades irregulares. El art. 116.2 C. Com. es una norma categórica, en virtud de la cual, la sociedad mercantil, *«una vez constituida, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos»*, sin que a ello pueda objetarse lo dispuesto en el art. 119 C. Com., pues, de dicho precepto se deduce que la constitución de la sociedad tiene carácter previo respecto de su formalización y publicación.

Esta idea aparece corroborada por la Ley de Sociedades Anónimas (L.S.A., en lo sucesivo), en concreto por su art. 16, que, al establecer la aplicación a la sociedad irregular de la normativa reguladora de la sociedad colectiva y, en su caso, de la sociedad civil, ha venido a reconocer personalidad jurídica a la sociedad no inscrita, pues, de lo contrario, difícilmente podría resultar de aplicación las normas de la sociedad colectiva sobre las relaciones externas.

Una vez admitido que las sociedades irregulares gozan de personalidad jurídica, ha de reconocerse validez a las relaciones externas de dicha sociedad, si bien, las sociedades no inscritas no pueden oponer a terceros de buena fe aquellas cláusulas que alteren el derecho dispositivo, puesto que, tales sociedades, no gozan de publicidad legal (art. 21.1. C. Com. de 1885 16).

Finalmente, si el propósito del legislador es proteger a los acreedores que contrataron con la sociedad irregular, ha de aceptarse que

16. Art. 21.1 C.Com. de 1885: *«Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial el Registro Mercantil. Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción»*.

la responsabilidad de los gestores, prevista por el art. 120 C. Com., aparece configurada como una responsabilidad adicional y no como una responsabilidad sustitutiva de la que recae sobre la sociedad y sus socios ¹⁷.

Esta finalidad de protección de quienes han negociado con la sociedad irregular ha llevado a la nueva L.E.C. 1/2000 a atribuir capacidad para ser demandada a las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos leglamente establecidos para constituirse en personas jurídicas, están formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales al servicio de un fin determinado (art. 6.2 L.E.C. 1/2000).

Con este precepto se impide que las sociedades irregulares puedan ampararse precisamente en su «falta de personalidad jurídica» para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, ya que en otro caso sus acreedores verían en un primer momento rechazada su demanda por falta de capacidad para ser parte del demandado por no ser persona jurídica, y habrían de averiguar y demandar en juicio a todos los socios integrantes de la sociedad irregular o administradores de la misma, cuyas circunstancias personales normalmente desconocerán ¹⁸.

Puede afirmarse, por lo tanto, que la sociedad irregular, en la medida en que el propio legislador le reconoce personalidad jurídica y validez a sus relaciones externas, puede ser declarada en quiebra ¹⁹, procediéndose a la inscripción de la sociedad. A falta de

17. Vid. BROSETA PONT, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, *op. cit.*, pp. 183 y 184; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., Lecciones de Derecho Mercantil, *op. cit.*, pp. 145-147; SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Revista de Derecho Privado, 16.ª Ed., Madrid, 1992, p. 164.

18. Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Civil. Parte general*, Editorial Colez, 3.ª Ed., Madrid, 2000, pp. 88 y 89; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de declaración*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, pp. 114-120.

19. En este sentido, Vid. CARRERAS LLANSANA, Jorge, «La declaración de la quiebra», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Concursal II*, C.G.P.J., Madrid, 1995, p. 369; CORDÓN MORENO, Faustino, Suspensión de pagos y quiebra, *op. cit.*, p. 44; FELIZ MARTÍNEZ, Miguel Ángel, «La quiebra de la sociedad irregular y su reflejo registral», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Concursal*, C.G.P.J., Madrid, 1992, pp. 338-340.

escritura de constitución, la inscripción habrá de practicarse en virtud de mandamiento judicial en el que conste, al menos, el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios (art. 322.2 Reglamento del Registro Mercantil) ²⁰.

d) El empresario individual

En virtud de lo dispuesto en el art. 1 C. Com. de 1885, las personas físicas han de cumplir con dos requisitos para obtener la cualidad de comerciante, cuales son: capacidad legal y habitualidad para el ejercicio del comercio, a los que cabe incorporar el de que dicho ejercicio del comercio lo sea en nombre propio, respondiendo de las consecuencias de la actividad empresarial, requisito este último, el de la responsabilidad individual, que constituye la nota diferenciadora entre el concepto jurídico de comerciante y el económico.

a' Capacidad legal

El concepto de capacidad legal aparece recogido en el art. 4 del propio C.Com., donde se establece que «*tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad que tengan la libre disposición de sus bienes*», lo que determina que sean incapaces para dicho ejercicio los menores de dieciocho años (ex arts. 12 C.E. y 315 C.C.), los incursores en alguna de las causas de incapacidad a las que se refieren los arts. 200 y ss. del C.C., por no tener la libre disposición de sus bienes y los quebrados, ya que uno de los efectos personales que lleva aparejada la declaración de quiebra es la inhabilitación para ejercer el comercio (art. 13.2 en relación con el art. 878.1, ambos del C.Com. de 1885).

20. En sentido contrario, se pronuncia Soto Vázquez, quien no cree que la solución del art. 322.2 RRM tenga carácter impositivo para los Jueces y Tribunales, pues, no existe dificultad legal alguna, ni desde el punto de vista sustantivo, ni desde el registral, en que se acuda a la solución de inscribir en el Registro la declaración de quiebra de cada uno de los socios que se consideren ilimitadamente responsables en el caso de una sociedad irregular, sin perjuicio de tramitar conjuntamente, en un solo procedimiento, las quiebras de todos ellos, SOTO VÁZQUEZ, Rodolfo, *Quiebras y Concurso de Acreedores. Las situaciones de insolvencia y la responsabilidad penal del deudor*, Editorial Comares, Granada, 1994, pp. 49 y 50.

b' Habitualidad

En segundo lugar, el comerciante ha de dedicarse con habitualidad, estableciendo el art. 3 del C. Com. que «*existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciase por circulares, periódicos, carteles, etc., un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil*», si bien, ha de tenerse en cuenta, que la mera intención no basta y sólo el hecho del ejercicio efectivo y habitual del comercio constituye un acto irrevocable.

Conviene matizar que el concepto de habitualidad no se integra por el ejercicio repetido de actos jurídicos válidos, sino por el sentido económico y significación social de esa reiteración, no siendo necesario que la actividad permanente recaiga siempre sobre una misma clase de actos de comercio, pues podrían ser de diversa índole ²¹. Ello no obstante, la habitualidad en el ejercicio del comercio es una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde a los Tribunales en cada caso, sin que se pueda establecer «*a priori*» el significado preciso de este concepto legal ²².

c' Ejercicio del comercio en nombre propio

Finalmente, junto con los conceptos de la capacidad y habitualidad, anteriormente estudiados, es necesario incorporar a la definición recogida en el art. 1 del C. Com. un tercer requisito, que se refiere al ejercicio del comercio en nombre propio ²³.

Dicha exigencia ha sido reconocida en la S.T.S. de 17 de diciembre de 1987 ²⁴, señalando que «*la condición de comerciante o empresa-*

21. Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, La condición de comerciante a los efectos de la suspensión de pagos y quiebra, *op. cit.*, p. 326; RAMÍREZ, José A., La Quiebra I, *op. cit.*, pp. 527 y 528.

22. Vid. RAMÍREZ, José A., La Quiebra I, *op. cit.*, p. 529.

23. Vid. DE BUSTOS GÓMEZ-RICO, Modesto, «El Procedimiento de declaración de quiebra», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Concursal*, C.G.P.J., Madrid, 1992, p. 364; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, La condición de comerciante a los efectos de la suspensión de pagos y de la quiebra, *op. cit.*, p. 324; CARRERAS LLANSANA, Jorge, La declaración de la quiebra, *op. cit.*, pp. 368 y 369.

24. Cfr. STS de 17 de diciembre de 1987 (R. 9514).

rio requiere no sólo el dato real de la actividad profesional con habitualidad, constancia, reiteración de actos, exteriorización y ánimo de lucro, sino también un dato de significación jurídica, que, no exigido por el art. 1 C. Com., consiste en el ejercicio del comercio en nombre propio y en la atracción hacia el titular de la empresa de las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial», por lo que, tan sólo la persona que realiza una actividad económica de producción y asume los riesgos inherentes a dicha actividad empresarial, tendrá la consideración de empresario, y no quienes actúen en nombre o representación de otros, cual es el caso de los factores y administradores de sociedades, que no actúan en nombre propio, sino en el de la sociedad.

En cualquier caso, hay que tener presente que la existencia de la empresa como una iniciativa individual posee, en la actualidad, escasa incidencia práctica en el tráfico mercantil, y ello, debido a la complejidad de medios necesarios que se requieren para la explotación de una empresa y a los riesgos cada vez mayores que implica el ejercicio de la actividad empresarial.

B) La existencia de una pluralidad de acreedores

Aunque ninguna norma exige de manera expresa la concurrencia de una pluralidad de acreedores para que tenga lugar el procedimiento de quiebra, dicho requisito subjetivo se infiere de la totalidad de los preceptos reguladores de la quiebra, tanto en su aspecto de Derecho Material, cual es el caso de los contenidos en el C. Com. de 1829 (art. 1001 y ss.) y en el de 1885 (arts. 874 y ss.), como en el del Derecho Procesal, lo que acontece en la L.E.C. (arts. 1318 y ss.), precepto todos ellos que parten del presupuesto de la pluralidad de acreedores como elemento determinante del proceso de quiebra.

El requisito de la pluralidad de acreedores, que se infiere del espíritu de la normativa descrita, es una lógica consecuencia de la naturaleza jurídica de la quiebra, en tanto que proceso de ejecución universal, puesto que si existe un solo acreedor, aunque sea titular de varios créditos que generen la insolvencia del empresario, lo natural será que acuda al proceso de ejecución singular ²⁵.

25. *Vid.* CARRERAS LLANSANA, Jorge, La declaración de quiebra, *op. cit.*, pp. 370-372; CORDÓN MORENO, Faustino, La suspensión de pagos y quiebra, *op. cit.*,

Es pues, la existencia de una pluralidad de acreedores lo que justifica la intervención del Estado en el proceso de quiebra imponiendo una regulación en defensa de los acreedores como colectividad, y que, con base en la justicia distributiva, persiga que la afección del patrimonio del deudor al cumplimiento de sus obligaciones se lleve a cabo con sujeción a los principios que integran el sistema de la «*par conditio creditorum*»: comunidad de pérdidas y tratamiento igual de todos ellos.

Asimismo, la pluralidad de acreedores configura a la quiebra como un procedimiento de ejecución colectiva que difiere del proceso de ejecución individual (en el cual se hace efectiva la pretensión afectando bienes determinados en beneficio de un acreedor) en cuanto afecta a la totalidad de acreedores y tiende a la liquidación, no de un bien singular, sino de la totalidad del patrimonio del deudor ²⁶.

Una vez admitido que la pluralidad de acreedores se configura como un factor determinante de la naturaleza concursal del proceso de quiebra, conviene tener presente que dicho requisito subjetivo no se configura como un presupuesto necesario de la declaración de

pp. 224-226; DE BUSTOS GÓMEZ-RICO, Modesto, El Procedimiento de declaración de quiebra, *op. cit.*, p. 367; DE LA OLIVA, Andrés, Derecho Procesal Civil IV, *op. cit.*, p. 77; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, La condición de comerciante a los efectos de la declaración de la suspensión de pagos y de la quiebra, *op. cit.*, p. 320; GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, p. 991; MONTERO AROCA, Juan y otros, *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, Vol. II, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 658; RAMÍREZ, José A., La Quiebra I, *op. cit.*, p. 584; SALA REIXACHS, Alberto, *La terminación de la quiebra y el convenio concursal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, pp. 171-173. En sentido contrario, Fernández, quien defiende que «el procedimiento colectivo de quiebra puede iniciarse por el acreedor único y que, una vez puesto en movimiento, debe proseguir hasta la liquidación de los bienes, aunque exista o aparezca sólo un acreedor»; y ello «porque la quiebra es una defensa contra la insolvencia; y ésta puede existir con independencia del número de acreedores que tenga el deudor», Cfr. FERNÁNDEZ, Raimundo L., *Tratado teórico-práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra*, *op. cit.*, pp. 172 y 173.

26. *Vid.* BRUNETTI, A., *Tratado de Quiebras*, traducción de Joaquín Rodríguez, Méjico, 1945, pp. 145-147; RAMÍREZ, José A., La Quiebra I, *op. cit.*, p. 38; SALA REIXACHS, Alberto, La terminación de la quiebra y el convenio concursal, *op. cit.*, p. 173; SATTÀ, Salvador, *Instituciones del derecho de quiebra*, *op. cit.*, p. 32.

quiebra, sino como una condición necesaria para la prosecución del proceso ²⁷, no siendo necesario justificar con la solicitud de declaración de quiebra la existencia de una pluralidad de acreedores, de modo que si resulta acreditada la cualidad de empresario del deudor y el sobreseimiento en el pago corriente de sus obligaciones, el órgano judicial ha de darlo por supuesto y proceder a dictar el auto de declaración de quiebra.

Ahora bien, si en la fase de oposición a la declaración de quiebra o en cualquier otro momento del desarrollo del proceso resultase acreditada la ausencia de una pluralidad de acreedores, la quiebra deberá ser revocada, pues, como se ha señalado, no se justifica la prosecución de un proceso de ejecución colectiva para un solo acreedor.

Lo mismo ha de acontecer en los supuestos de quiebra voluntaria, en los que el deudor habrá de acompañar el balance general de sus negocios (art. 1324 L.E.C. en relación con el art. 1018 C. Com. de 1829). En tal supuesto, si de la determinación del activo resulta la existencia de un acreedor, el órgano judicial denegará la declaración de quiebra.

Tampoco plantean problemas los supuestos de quiebra declarada como consecuencia de un expediente de suspensión de pagos sobreseído por causa de un convenio incumplido, ya que la pluralidad de acreedores ha de estar probada «*a limine litis*».

2. CONDICIONES OBJETIVAS DE LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA ²⁸

Para que un sujeto sea sometido a la quiebra no basta que reúna la condición subjetiva de ser empresario mercantil, sino que es

27. *Vid.* CARRERAS LLANSANA, Jorge, La declaración de quiebra, *op. cit.*, p. 371; CORDÓN MORENO, Faustino, La suspensión de pagos y quiebra, *op. cit.*, p. 225; PROVINCIALI, R., *Manuale de diritto fallimentare*, 2.^a Edición, Milán, 1951, pp. 151-156; RAMÍREZ, José A., La Quiebra I, *op. cit.*, pp. 586-588.

28. Para un estudio más completo de este apartado se recomienda la magnífica obra de MARCOS GONZÁLEZ, María, *La declaración formal de quiebra y sus efectos*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, pp. 36-124.

imprescindible que en su situación patrimonial concurra una circunstancia o presupuesto objetivo. Mas cuál sea efectivamente este presupuesto objetivo constituye una de las cuestiones más difíciles y debatidas de nuestro Derecho concursal, dada la aparente contradicción y la confusión de nuestros anacrónicos y deficientes preceptos positivos; porque mientras para unos la ejecución concursal sobre el patrimonio del deudor se justifica simplemente por el mero «sobreseimiento o cesación en sus pagos», para otros, aquélla tan sólo es jurídicamente admisible cuando el deudor se encuentra en una verdadera situación de insolvencia definitiva. El tema es, como fácilmente puede comprenderse, de una gran importancia práctica y a esclarecerlo, en la medida de lo posible, se dirigen las consideraciones que, a continuación, se exponen.

A) Sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones en los Códigos de Comercio de 1829 y 1885

El sobreseimiento en el pago de las obligaciones constituye el presupuesto objetivo que ha de valorar el Juez como criterio esencial para proceder a la declaración de quiebra (arts. 1001 C. Com. de 1829 y 874 C. Com. de 1885).

Para la determinación de lo que haya de entenderse sobre «el sobreseimiento en el pago de las obligaciones» conviene analizar por separado el significado que presenta dicho término en el C. Com. de 1829 y en el C. Com. de 1885, pues, si bien en el primer cuerpo normativo no planteaba problemas el alcance que poseía dicho presupuesto objetivo, no sucede lo mismo con el C. Com. de 1885, en donde su significado no es una cuestión pacífica ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia.

a) El sobreseimiento en el pago de las obligaciones en el C. Com. de 1829

El término «sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones» a que aludía el art. 1001 del C. Com. de 1829, para justificar la declaración de quiebra, aparecía configurado en el Código de Sainz de Andino con un significado amplio en el que tenía cabida, tanto la suspensión de pagos, caracterizada por la falta de liquidez para

satisfacer todas las deudas, siendo así que el activo es superior al pasivo (art. 1003 C.Com. de 1829), como la insolvencia definitiva, que acontece cuando el patrimonio de la sociedad no puede satisfacer en la totalidad los créditos contraídos por la empresa (art. 1004 C.Com. de 1829).

Este amplio significado que poseía el término «sobreseimiento en el pago de las obligaciones» en el C. Com. de 1829, trae su causa de la regulación que de la suspensión de pagos efectuaba dicho texto normativo, la cual aparecía subsumida dentro de la quiebra, sin que tuviera un procedimiento autónomo.

En este sentido, el C. Com. de 1829 estableció cinco clases de quiebra ²⁹, entre las que el suspenso [*comerciante que, manifestando bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, suspende temporalmente sus deudas* (art. 1003 C. Com. de 1829)] fue considerado «quebrado de primera clase», y al cual se le aplicaban todos los efectos inherentes a la declaración de quiebra, si bien se le permitía en la primera Junta de acreedores celebrar un convenio de espera con sus acreedores, que determinaba la cesación de los efectos producidos con la declaración (art. 1145 C. Com. de 1829).

Esta circunstancia, unido a la de que el art. 1029 C. Com. de 1829 exigía para que se revocase el auto de declaración de quiebra que el quebrado probase la falsedad o insuficiencia de los hechos que se dieron por fundamento de ella ³⁰ y que se hallaba al corriente en sus pagos, permite afirmar que, en el C. Com. de 1829, el presupuesto objetivo para la obtención de la declaración de quiebra lo constituía el hecho de haber sobreseído el quebrado en el pago corriente de sus

29. El art. 1002 C. Com. distingue para los efectos legales cinco clases de quiebra: 1.^a Suspensión de pagos. 2.^a Insolvencia definitiva. 3.^a Insolvencia culpable. 4.^a Insovenia fraudulenta. 5.^a Alzamiento.

30. Los hechos que posibilitaban la declaración de quiebra en el C. Com. de 1829 eran los tres siguientes: a) La cesación de pagos del deudor por haberse denegado con carácter general a satisfacer sus obligaciones vencidas, con independencia de la situación que la que se encuentre el patrimonio del deudor (arts. 1015, 1017, 1024 y 1025). b) La fuga u ocultación del deudor acompañada del cerramiento de sus escritorios y almacenes, sin haber dejado persona que en su representación dirija sus dependencias (art. 1025). c) La existencia de ejecuciones pendientes sobre el patrimonio del deudor, sin que se le encuentren bienes suficientes sobre los que proceder a la traba (art.1026).

obligaciones, siendo irrelevante su situación patrimonial, bien fuera de suficiencia, bien de insuficiencia de los bienes para hacer frente a sus deudas y obligaciones ³¹.

b) *El sobreseimiento en el pago de las obligaciones en el C. Com. de 1885*

El presupuesto objetivo de la declaración de quiebra se encuentra regulado en el C. Com. de 1885 en su art. 874, en virtud del cual, «se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones».

A pesar de utilizar la misma expresión que su antecesor para configurar el presupuesto objetivo de la declaración de quiebra, el significado que haya de darse a dicho término («sobreseimiento en el pago corriente de sus obligaciones»), al contrario de lo que sucedía en el C. Com. de 1829, no ha sido una cuestión pacífica ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, que brevemente expuestas, han elaborado las tesis que, a continuación, se exponen.

a' La insolvencia definitiva

Para un sector de la doctrina ³² y de la jurisprudencia ³³, «sobresee en el pago corriente de sus obligaciones» aquellos empresarios

31. Vid. GARCÍA VALDECASAS, A., *Dictamen sobre la quiebra de la Barcelona Traction, Light and Power C.º Ltd.*, Madrid, 1953, pp. 270-284; GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y REUS GARCÍA, J., *Código de Comercio arreglado a la reforma de 6 de diciembre de 1868*, Madrid, 1878, p. 426; GONZÁLEZ HUEBRA, Pablo, *Tratado de quiebras*, *op. cit.*, p. 6; MARCOS GONZÁLEZ, María, *La declaración formal de quiebra y sus efectos*, *op. cit.*, pp. 45 y 46; MARTÍ DE EIXALÁ, Ramón, *Instituciones del Derecho Mercantil de España*, 5.ª Ed., Madrid, 1870, pp. 486 y 487.

32. Vid. BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, pp. 733; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, «Aproximación al proceso de declaración de quiebra», en *R.D.M.*, Núm. 146, 1977, p. 481; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 527; PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, II, Madrid, 1988, p. 357; RAMÍREZ, José A., *La Quiebra*, I, *op. cit.*, pp. 559-566; GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil II*, *op. cit.*, pp. 388-390; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel (con otros), «El estado de

que cesan de manera definitiva en sus pagos porque carecen de bienes suficientes para satisfacer sus deudas y obligaciones. Por lo tanto, el empresario que no puede satisfacer en el acto todas sus obligaciones, pero cuenta con recursos o bienes suficientes para pagarlas en su totalidad no se encuentra en estado de sobreseimiento en el pago de sus obligaciones.

De admitirse esta tesis, el término «sobreseimiento» tendría en el C. Com. de 1885 un significado diferente al que poseía en el C. Com. de 1829, pues, en este cuerpo normativo el sobreseimiento comprendía, tanto la cesación, como la suspensión de pagos. Por el contrario, en el C. Com. de 1885 sólo se daría el sobreseimiento cuando el comerciante cesara, de un manera general y definitiva, en el pago de sus obligaciones corrientes por insuficiencia o impotencia patrimonial para su satisfacción (insolvencia definitiva).

Así pues, la nota característica de la quiebra en nuestro Ordenamiento vendría determinada por la insolvencia del patrimonio del deudor para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones, siendo el sobreseimiento una de las manifestaciones externas de la insolvencia establecidas por el legislador³⁴.

Esta tesis doctrinal encuentra su apoyo en algunos pasajes de la Exposición de Motivos del C. Com. de 1885, la cual, reconoce la existencia de un estado intermedio entre la condición normal del comerciante, que cumple con regularidad sus compromisos, y la posición del que se encuentra imposibilitado de satisfacer sus deudas, reservando la denominación de quiebra a este último estado, en el cual se encuentra comprendido todo aquel que «*sobreesee o cesa definitivamente en el pago corriente de sus obligaciones*».

crisis económica», en *Reforma del Derecho de quiebra*, Madrid, 1.982, p. 160; SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 607.

33. *Vid.*, entre otras, SSTS de 22 de abril de 1969 (R. 2199), 9 de enero de 1984 (R. 342), 11 de mayo de 1985 (R. 2268), 12 de marzo de 1986 (R. 1174).

34. *Vid.* BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, pp. 734 y 735; GARCÍA VILLAVERDE, Rafael, *La Quiebra: fuentes aplicables, presupuestos de su declaración*, *op. cit.*, p. 296; GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil II*, *op. cit.*, p. 390; RAMÍREZ, José A., *La Quiebra I*, *op. cit.*, pp. 563-565.

Este estado intermedio, al que el legislador denomina expresamente suspensión de pagos, correspondería a la situación en que se encuentra el comerciante que «*no pudiendo satisfacer en el acto todas sus obligaciones corrientes cuenta, sin embargo, con recursos o bienes suficientes para pagarlos íntegramente o con algún descuento*».

En opinión de RAMÍREZ³⁵, como consecuencia del reconocimiento que proclama la Exposición de Motivos de este estado intermedio habrá que entender que en la «*mens legislatoris*» existían estos conceptos: la quiebra, que supone la insolvencia total y definitiva y la suspensión de pagos, que supone el incumplimiento, fruto de la insolvencia provisional.

b' El incumplimiento de las obligaciones

Por el contrario, otro sector doctrinal³⁶ y jurisprudencial³⁷ entiende que, en el C. Com. de 1885, «sobresee en el pago corriente de sus obligaciones», tanto el comerciante que cesa definitivamente en sus pagos por incapacidad patrimonial, como el que suspende el pago de sus obligaciones por desarreglos económicos.

El requisito necesario para que se proceda a declarar en quiebra a un empresario estriba en la circunstancia de haber incurrido en la falta de cumplimiento de sus obligaciones, cualquiera que sea la situación en la que se encuentre su patrimonio.

35. Cfr. RAMÍREZ, José A., *La Quiebra*, I, *op. cit.*, p. 562.

36. *Vid.* DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho Procesal Civil IV*, *op. cit.*, p. 359; GUASP DELGADO, J., *Dictamen sobre la quiebra de la Barcelona Traction*, Madrid, 1952, pp. 52 y 53 y *Derecho Procesal Civil*, II, Madrid, 1.977, p. 352; MARCOS GONZÁLEZ, María, *La declaración formal de quiebra y sus efectos*, *op. cit.*, p. 57; SAGRERA TIZÓN, José M.^a, «Quiebra: posibilidad de de ser declarado en quiebra el comerciante cuyo activo supera al pasivo», en *Estudios de Derecho Concursal*, Librería Bosch, Barcelona, 1989, pp. 77 y ss.; URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 1041 y 1042 y *La Quiebra de la «Barcelona Traction»*, Barcelona, 1953, p. 77.

37. *Vid.*, entre otras, SSTS de 26 de enero de 1933 (R. 1452), 25 de abril de 1961 (R. 1839), 27 de febrero de 1965 (R. 1151), 22 de abril de 1969 (R. 2199), 18 de octubre de 1985 (R. 4904), 7 de octubre de 1989 (R. 6895), 13 de octubre de 1989 (R. 6912), 5 de junio de 1990 (R. 4738).

Esta tesis se deduce de la regulación que se efectúa del expediente de suspensión de pagos, tanto en el C. Com. de 1885, como en su posterior reforma por Ley 10 de junio de 1897³⁸, el cual, no aparece configurado como un proceso al que pueda acudir el comerciante que, disponiendo de bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, suspende temporalmente sus pagos, como sucedía en el C. Com. de 1829, sino como un beneficio, facultad o prerrogativa del comerciante que puede o no usar de él siempre que no haya incurrido en un incumplimiento, siquiera sea de una sola obligación vencida.

En este último supuesto, tal y como señala la Exposición de Motivos del C. Com. de 1885, *«el beneficio o facultad se convierte en estrecha e ineludible obligación que debe cumplir en un breve término (cuarenta y ocho horas), de lo contrario, no podrá obtener las ventajas consiguientes al estado de suspensión de pagos y se agravará su situación siendo declarado en quiebra»*³⁹.

De esta forma, en el sistema del C. Com. de 1885 el estado de hecho de sobreseimiento en el pago de las obligaciones, ya fuere por cesación o suspensión del mismo, impide el acceso a la suspensión de pagos. Ahora bien, la misma situación económica de activo superior al pasivo puede ser tratada con el procedimiento de suspensión de pagos, si el comerciante no incumple o solicita el esta-

38. La Ley 10 de junio de 1897, da nueva redacción a la Sección Primera del Título Primero del Libro IV, que lleva por rúbrica «De la suspensión de pagos y de la quiebra». Esta ley supuso, con respecto a la regulación anterior, una modificación en dos aspectos esenciales: el primero, consistente en impedir la quita de los créditos (art. 872, último párrafo) y, el segundo, en supeditar a la suficiencia de bienes en el patrimonio del deudor la posibilidad de la espera (art. 870).

39. En efecto, de los términos en que aparecen redactados los arts. 870 y 871 C. Com., se deduce que la suspensión de pagos es admitida como un beneficio o prerrogativa que puede utilizar el comerciante que no haya incumplido en el pago de sus obligaciones (*«el comerciante que, poseyendo bienes suficientes para cubrir sus deudas, prevea la imposibilidad de efectuarlo a las fechas de sus respectivos vencimientos, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos... art. 870*) o que solicite la suspensión de pagos, en el plazo de cuarenta y ocho horas, cuando el incumplimiento afecte a una sola obligación (*«también podrá el comerciante que posea bienes suficientes para cubrir todo su pasivo, presentarse en estado de suspensión de pagos, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho»*, art. 871).

do de suspensión en el plazo de cuarenta y ocho horas a la obligación incumplida, o por el procedimiento de quiebra, lo que sucederá cuando el comerciante incumple más de una obligación o no solicita el estado de suspensión de pagos en el transcurso de las cuarenta y ocho horas siguientes al incumplimiento de la obligación incumplida ⁴⁰.

Esta última tesis doctrinal resulta más acorde con la regulación que, de la suspensión de pagos, se realiza por el C. Com. de 1885 y, posteriormente, por Ley 10 de junio de 1897, en virtud de la cual, para que un empresario pueda acogerse a este procedimiento se han de dar los siguientes requisitos: en primer lugar, que el empresario sea solvente (*«el comerciante que, poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas»*, arts. 870 y 871); en segundo, que no haya incurrido en incumplimiento de sus obligaciones (*«prevea la imposibilidad de efectuar el pago de sus obligaciones a las fechas de sus respectivos vencimientos»*, art. 871); en tercero, que, de haber incumplido una sola obligación, solicite el estado de suspensión de pagos en el plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes a su vencimiento (*«también podrá el comerciante que posea bienes suficientes para cubrir todo su activo, presentarse en estado de suspensión de pagos, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho»*, art. 871); y, por último, que lo que se solicite de los acreedores sea un convenio de espera que no exceda de tres años (*«si bajo cualquier forma se pretendiese quita o rebaja de los créditos, se negará el Juez a tramitar la solicitud de suspensión de pagos»*, art. 872).

Por lo tanto, el empresario que haya incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones no puede acogerse al procedimiento de suspensión de pagos, por cuanto éste aparece reservado para aquellos empresarios que, poseyendo un activo superior a su pasivo, no hayan incurrido en el incumplimiento de sus obligaciones.

De este modo, el procedimiento de quiebra aparece concebido para la defensa de los acreedores frente al incumplimiento de las obligaciones que recaen sobre su deudor, con independencia de su situación económica, ya sea de insolvencia provisional o definitiva.

40. Cfr. MARCOS GONZÁLEZ, María, La declaración formal de quiebra y sus efectos, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

B) El sobreseimiento en el pago de las obligaciones en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922

El art. 2.3 de la L.S.P., al exigir al comerciante que, con el escrito de solicitud de ser declarado en estado de suspensión de pagos, acompañe una memoria explicativa de las causas que la hayan motivado, configura a la suspensión como un tipo de procedimiento concursal al que puede acogerse el comerciante que haya sobreseído en el pago de sus obligaciones, lo que supone un cambio con respecto a la situación anterior, en donde, la suspensión de pagos, aparecía regulada como un beneficio o facultad a la que podía acogerse el comerciante que no hubiera incurrido en el incumplimiento de sus obligaciones.

La anterior circunstancia, unido a una interpretación gramatical de la L.S.P. y en concreto de sus arts. 8 y 10, permite ser declarado en suspensión de pagos a todo comerciante que haya sobreseído en el pago de sus obligaciones, con independencia de cuál sea su situación económica, ya sea de insolvencia provisional o definitiva, con tal de que su solicitud sea realizada con anterioridad a la petición de los acreedores de ser declarado en quiebra ⁴¹.

En efecto, esta consideración se deduce del contenido del art. 8 de la L.S.P., en virtud del cual, a la vista del balance formulado por los Interventores judiciales, el Juez declarará la insolvencia provisional o definitiva del suspenso, reservando esta última declaración únicamente cuando el pasivo sea superior al activo. En este supuesto, no parece que el Juez deba dejar de tramitar la suspensión en curso, antes al contrario, concede un margen de quince días al suspenso para que afiance satisfactoriamente la diferencia existente (art. 10.1 L.S.P.).

41. En este sentido se pronuncia la Circular 1/1995, de 6 de Abril, del Fiscal General del Estado, la cual señala que, «no es normal que la insolvencia (pasivo superior al activo) y sí sólo la liquidez, se reconozca en las solicitudes de suspensión de pagos, pero, si así ocurriera excepcionalmente y tras el examen de los antecedentes documentales se constatará el déficit patrimonial, ello no será obstáculo decisivo para que el Ministerio Fiscal informe favorablemente la admisión a trámite, pues la suficiencia de bienes como requisito objetivo exigido por el Código de Comercio para solicitar la suspensión (arts. 870 y 871) se desconoce en la Ley de 1922, con lo que la insuficiencia patrimonial inicial sólo es productora de efectos en la calificación de la insolvencia en las suspensiones de pagos admitidas y declaradas».

Pero, aún en el supuesto de que el deudor no afiance la diferencia entre el activo y el pasivo se ordena, ni aparece previsión alguna, para dejar sin efecto el expediente, por cuanto sólo se prevé la posibilidad de que los acreedores que representen los dos quintos del total del pasivo soliciten que se declare la quiebra (art. 10. 1 L.S.P.).

Como puede darse el supuesto de un comerciante que sumando más sus deudas que su activo material merezca la confianza suficiente de sus acreedores, quienes creyeren que concediéndole un margen de confianza podría pagar íntegramente sus deudas, si en el plazo de los cinco días siguientes al que el Juez mantenga la calificación de insolvencia definitiva los acreedores que representen aquel porcentaje no solicitan que se inste la quiebra, no habrá lugar a tal declaración y el procedimiento de suspensión de pagos seguirá su curso con la convocatoria y celebración de la Junta de acreedores, en donde se puede aprobar el convenio del deudor con sus acreedores ⁴².

Puede afirmarse, por lo tanto, que la L.S.P. ha hecho coincidir el presupuesto objetivo del procedimiento de quiebra y de suspensión de pagos.

Esta flexibilidad en la regulación de la suspensión de pagos ha sido blindaje eficaz para que deudores de escasa honestidad, al amparo de las facilidades ofrecidas por el articulado, burlaran los derechos de los acreedores legítimos. La consecución de mayorías para la conclusión del convenio mediante el voto o la adhesión de acreedores especialmente relacionados con el deudor o, en muchos casos, mediante la compra de créditos a través de fiduciarios ha permitido frecuentes convenios expoliatorios, sin que los afectados hayan podido reaccionar eficazmente ante las dolosas maniobras de quienes, en realidad, habían sido los responsables de la situación de insolvencia.

Ello no obstante, a raíz de la entrada en vigor de la L.S.P., la jurisprudencia del T.S. ⁴³ ha venido defendiendo que la declaración

42. *Vid.* MARCOS GONZÁLEZ, María., La declaración formal de quiebra y sus efectos, *op. cit.*, pp. 83-85; SAGRERA TIZÓN, José María, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Vol. I, Editorial Bosch, Barcelona, 1989, pp. 315-329.

43. *Vid.*, entre otras, SSTS de 12 de julio de 1940 (R. 705), 27 de febrero de 1965 (R. 1151), 22 de abril de 1969 (R. 2199), 11 de mayo de 1985 (R. 2268), 5 de julio de 1985 (R. 3641), 18 de octubre de 1985 (R. 4904).

de quiebra, adoptada con base en el sobreseimiento en el pago de las obligaciones, no es criterio suficiente para que este estado permanezca si el quebrado prueba que su situación de quiebra es de equilibrio patrimonial.

Tal y como señala MARCOS GONZÁLEZ ⁴⁴, la coincidencia de esta cambio de actitud con la promulgación de la citada Ley no es casual. A partir de la L.S.P. de 1922 el T.S. dispone de una institución legal –suspensión de pagos– destinada al tratamiento procesal de las mismas situaciones fácticas susceptibles de ser tramitadas a través del proceso de quiebra –sobreseimiento general en el pago con insolvencia provisional o definitiva– pero, excluyendo el rigor de las medidas personales y patrimoniales de este último, lo que le permite pronunciarse, con base en la Ley, en torno a los supuestos que deben ser abarcados dentro del presupuesto objetivo de la declaración de quiebra y cuales deben ser excluidos por quedar comprendidos dentro de la nueva Ley.

De conformidad con esta doctrina jurisprudencial, a través del procedimiento de quiebra han de tramitarse aquellas situaciones de incumplimiento de obligaciones que traen su causa de un estado patrimonial de insolvencia definitiva, reservando el expediente de suspensión de pagos a los comerciantes que, no pudiendo pagar en el acto todas sus obligaciones, cuentan con recursos o bienes suficientes para pagarlas.

Esta tesis resulta más acorde con los distintos presupuestos y diversas finalidades que, desde un punto de vista doctrinal ⁴⁵, han sido señalados al procedimiento de suspensión de pagos y al de quiebra: por una parte, mientras la suspensión de pagos se caracteriza, al menos en principio, porque el patrimonio de deudor es suficiente para satisfacer sus deudas exigibles, aunque como consecuencia de una situación de insolvencia transitoria, caracterizada por falta de

44. *Vid.* MARCOS GONZÁLEZ, María, *La declaración formal de quiebra y sus efectos*, *op. cit.*, p. 124.

45. *Vid.* CORDÓN MORENO, Faustino, *Suspensión de pagos y quiebra*, *op. cit.*, pp. 22 y 23; RAMÍREZ, José. A., *La Quiebra I*, *op. cit.*, p. 562; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, «Crisis de la empresa y procedimientos concursales», en *A.A.M.N.*, Tomo XXIV, 1980, p. 260; SAGRERA TIZÓN, J. M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos I*, *op. cit.*, pp. 521-526; TORRES DE CRUELLS, Joaquín, *MAS Y CALVET, Román, La suspensión de pagos*, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

iliquidez, el deudor se ve imposibilitado para atender puntualmente al pago de sus deudas, la quiebra viene determinada porque la situación patrimonial del deudor es de insolvencia definitiva; y, por otra, porque el fin normal de la suspensión radica en alcanzar un convenio entre el deudor y los acreedores que garantice la continuidad de la empresa, mientras que la finalidad del procedimiento de quiebra tiende a la liquidación del patrimonio del deudor para, con su producto, satisfacer a los acreedores en proporción a sus créditos.

C) El presupuesto objetivo de la declaración de quiebra: Propuesta de «Lege Ferenda»

El presupuesto objetivo para proceder a la declaración de quiebra ha de estar integrado, a mi juicio, por dos circunstancias concurrentes: de un lado, se hace necesario la existencia de una serie de elementos de naturaleza jurídica, cuales son, el incumplimiento generalizado por parte del empresario de sus deudas y obligaciones (art. 876.2 C. Com. de 1885), u otras circunstancias externas indicia-rias de que se ha producido dicho incumplimiento, tales como el embargo infructuoso (art. 876.1 C. Com. de 1885) o la fuga u ocultación de un comerciante (art. 877 C. Com. de 1885) y, de otro, una situación económica de insolvencia definitiva, entendido éste término como la impotencia patrimonial del deudor para hacer frente a sus obligaciones ⁴⁶.

Tan sólo cuando entre ambas circunstancias haya una relación de causa a efecto podrá el órgano judicial declarar la quiebra, pues, una y otra, consideradas de forma aislada, resultan inoperantes desde el punto de vista jurídico para proceder a la declaración judicial de quiebra ⁴⁷.

En efecto, el incumplimiento de una o varias obligaciones no es criterio suficiente para declarar en quiebra a un empresario, siendo

46. Vid. BONELLI, G., *Del Fallimento*, 3.^a Ed., Vol. I, Milán, 1.938, p. 3; FERNÁNDEZ, R.L., *Tratado teórico-práctico de la quiebra*, *op. cit.*, p. 25; SATTA, Salvador, *Instituciones del derecho de quiebra*, *op. cit.*, p. 54.

47. Vid. RAMÍREZ, José A., *La Quiebra I*, *op. cit.*, p.15; SUÁREZ LLANOS, L., «El estado de insolvencia», *Boletín de la Universidad Compostelana*, Núm. 77, 1970, pp. 7 y ss.

necesario investigar en cada caso si la cesación en los pagos corresponde o no a un verdadero estado de insolvencia, es decir, si el sobreseimiento es tan amplio y definitivo que haga transparente un estado de insolvencia patrimonial, o lo que es lo mismo, una falta irremediable de medios de pago de las obligaciones vencidas ⁴⁸.

Del mismo modo, las situaciones de insolvencia que no van acompañadas de un incumplimiento de obligaciones no presentan relevancia jurídica en orden a proceder a declarar la quiebra ⁴⁹. El Derecho sólo permite agredir el patrimonio del deudor, presuntamente insolvente, cuando la insolvencia se manifiesta externamente, porque de lo contrario se habrían de permitir inadmisibles ataques a la libertad y al secreto de los negocios, con el fin de averiguar si el patrimonio de sus titulares se encuentra o no en estado de insolvencia.

El aspecto más discutible que plantea esta tesis estriba en el alcance que haya de darse al término «insolvencia definitiva». A este respecto, se dará esta situación cuando exista un desequilibrio económico entre el patrimonio del deudor dinámicamente considerado y el cumplimiento de las obligaciones vencidas a que debe ir haciendo frente. Por lo tanto, no puede considerarse que se encuentra en estado de insolvencia definitiva al patrimonio del empresario que, en un momento determinado, se encuentra en una situación de simple «desequilibrio aritmético» entre su activo y pasivo, pues, el crédito es un factor decisivo en el funcionamiento de las modernas empresas, muchas de las cuales viven del crédito, de manera que aunque tengan un pasivo superior al activo atienden normalmente sus obligaciones sin acudir a préstamos ruinosos ⁵⁰.

48. Cfr. GARRIGUES, Joaquín, *Dictamen sobre la quiebra de la Barcelona Traction, Light and Power C.º Ltd*, Madrid, 1.956, p. 14; MARCOS GONZÁLEZ, María, La declaración formal de quiebra y sus efectos, *op. cit.*, p. 135; MASSAGUER FUENTES, José, «La reintegración de la masa en el Derecho Concursal Italiano», en *Estudios de Derecho Concursal*, obra dirigida por Sagrera Tizón, José M.ª, Librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 452.

49. *Vid.* BROSETA PONT, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, *op. cit.*, p. 731; CORDÓN MORENO, Faustino, Suspensión de pagos y quiebra, *op. cit.*, p. 22; MARCOS GONZÁLEZ, María, La declaración formal de quiebra y sus efectos, *op. cit.*, p. 133.

50. *Vid.* BROSETA PONT, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, *op. cit.*, p. 730; FERNÁNDEZ, R.L., Tratado teórico-práctico de la quiebra, *op. cit.*, p. 204;

Para terminar este apartado, tan sólo señalar que esta configuración de lo que, a nuestro entender, ha de ser el presupuesto objetivo de la declaración de quiebra resulta más acorde con los distintos presupuestos y diversas finalidades que han sido señalados a la suspensión de pagos y a la quiebra.

D) La regulación del presupuesto objetivo en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995

La P.A.L.C. de 1995, atendiendo al presupuesto objetivo, distinguía, de un lado, el procedimiento de «concurso de acreedores» y, de otro, el expediente de suspensión de pagos.

En el concurso de acreedores confluían tanto el concurso y la quiebra, como en rigor, el beneficio de quita y espera y, en cierta medida, la suspensión de pagos tras la desnaturalización del instituo por la Ley de 26 de julio de 1922.

La denominación de suspensión de pagos se conservaba, no obstante, para la segunda institución concursal, abierta a aquellos deudores que estuviesen en condiciones de conseguir un convenio o concordato de moderada espera.

La Exposición de Motivos de la P.A.L.C. de 1995 establecía que *«en la configuración legal del concurso de acreedores destaca la voluntad del legislador de anticipar en el tiempo la apertura del procedimiento. Se trata de evitar que, como regla general, sean declarados en concurso aquellos deudores cuya situación patrimonial resulte absolutamente desesperada. El concurso de acreedores no puede ser un procedimiento específicamente destinado a quienes, por razón de las circunstancias concurrentes, no tienen la posibilidad objetiva de continuación profesional o empresarial con los bienes y derechos integrados en la masa activa»*.

Esa anticipación temporal de la apertura del concurso de acreedores se intentaba conseguir a través de técnicas directas e indirectas.

MARCOS GONZÁLEZ, María, La declaración formal de quiebra y sus efectos, *op. cit.*, p. 140; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., Curso de Derecho Mercantil, *op. cit.*, p. 303.

Entre las técnicas directas destacaba la regulación del denominado presupuesto objetivo de la declaración concursal, que venía constituido por la insolvencia del deudor común (art. 2.1 P.A.L.C.), concepto que la Ley definía con un criterio amplio, en cuya virtud, existía insolvencia cuando el deudor se encontrase en la imposibilidad de cumplir puntualmente sus obligaciones, ya fuera como consecuencia de una insuficiencia de bienes propios, cuando el pasivo sea superior al activo real, ya fuera como efecto de la falta de crédito (art. 2.2 en relación con el art. 2.3 P.A.L.C.)⁵¹.

La Propuesta introducía una serie de presunciones para facilitar a los acreedores la prueba de la situación de insolvencia. La insuficiencia de medios propios era presumida en el caso de que existiesen embargos por ejecuciones pendientes que afectasen a la totalidad o a la mayor parte del patrimonio del deudor (art. 3.1 P.A.L.C.) y, la falta de crédito, cuando el solicitante acreditase ser titular de un crédito con una anterioridad mínima de tres meses a la presentación de la solicitud (art. 3.2 P.A.L.C.).

En el supuesto de que el deudor formulase oposición a la admisión a trámite de la solicitud del concurso, el Juez había de citar a las partes a una comparecencia (art. 14 P.A.L.C.), en la que el deudor, si comparecía, podía desvirtuar la presunción de insolvencia por falta de crédito consignando en ese mismo acto el importe de dicho crédito a disposición del acreedor, acreditando haberlo hecho antes de la comparecencia o manifestando la causa de la falta de consignación (art. 15 P.A.L.C.).

Respecto a la presunción de falta de bienes propios, no existía una previsión legal semejante a la anterior. Ello no obstante, cabía suponer que el deudor podía demostrar que los embargos no correspondían a deudas superiores al valor de sus activos, probando de este modo que su situación no era de insolvencia⁵².

Entre los medios indirectos se mencionaban todos aquellos que estimulaban al deudor o a los acreedores para solicitar la declara-

51. *Vid.* PULGAR EZQUERRA, Juana, «La propuesta de reforma de Derecho Concursal español de 12 de diciembre de 1995», en *R.d.S.*, Núm. 6, 1996, pp. 466 y 467.

52. *Vid.* GARRIDO, J. M., «La reforma del derecho concursal español. Reflexiones en torno a la Propuesta de Anteproyecto de la Ley concursal del Profesor Ángel Rojo», en *R.D.B.B.*, Año XV, 1996, p. 903.

ción judicial. La estimulación del deudor se conseguía mediante el establecimiento de la inequívoca obligación de solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer que se encontraba en una situación de insuficiencia de medios propios (art. 6 P.A.L.C.). El incumplimiento de este deber determinaba la inhabilitación del deudor para administrar los bienes propios o ajenos durante un período de cinco a veinte años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período (art. 213.1.3.º P.A.L.C.).

En el supuesto de que el deudor fuera persona jurídica este deber correspondía a cada uno de los administradores y liquidadores y, en caso de incumplimiento, la sentencia de calificación podía tener como consecuencia no sólo la inhabilitación de los administradores, sino también la condena a la cobertura de la totalidad o de parte del déficit patrimonial del concurso (art. 213.2 P.A.L.C.).

Además de estas medidas sancionatorias, otro de los incentivos importantes para conseguir que el deudor solicitara su propio concurso, antes de que lo hicieran sus acreedores, pretendía conseguirse con los distintos efectos personales de la declaración de concurso, en la medida en que la mera intervención de las operaciones no podía decretarse en los casos de concurso necesario.

En efecto, en la P.L.A.C. la distinción entre el concurso solicitado por el deudor (concurso voluntario) y el concurso solicitado por uno de los acreedores (concurso necesario) tenía importantes consecuencias jurídicas. Así, la declaración del concurso como necesario, producía la suspensión de la capacidad de obrar del deudor respecto de la masa activa, procediendo el órgano judicial al nombramiento de tres Síndicos que le sustituyesen (art. 46.1 P.A.L.C.).

Por el contrario, si el deudor instaba su propio concurso y en el momento de la declaración judicial su activo real superaba el pasivo exigible, conservaba la administración de su patrimonio, aunque bajo la supervisión de los interventores (art. 46.2 y 3 P.A.L.C.). De esta manera, el trato de favor otorgado al deudor sólo tenía fundamento cuando la solicitud de declaración de concurso evitara la pérdida de los acreedores, esto es, cuando el deudor se encontraba

todavía en una situación de solvencia en el momento de solicitar la declaración de concurso ⁵³.

No eran menos eficaces los estímulos a los acreedores ⁵⁴. Entre ellos destacaba el acceso del acreedor instante a la condición de Síndico o de interventor, siempre y cuando no fuera competidor del deudor, ni formare parte de un grupo de empresas en el que figure entidad competente (art. 29.2 P.A.L.C.) y, sobre todo, el que el crédito de que fuera titular recibía la consideración de parcialmente privilegiado (art. 125.1.7.º P.L.A.C.).

III. PRESUPUESTO FORMAL: LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE QUIEBRA

Una vez comprobadas las circunstancias y factores que dan entrada en el campo del Derecho al estado económico de la insolvencia el Juez declara el estado de quiebra, declaración que transforma «*ex iure*» el estado de hecho en estado de derecho, comenzando desde este momento a producir efectos jurídicos como tal ⁵⁵, lo que hace preciso, por razones de justicia, que el Estado intervenga a través de sus órganos con el objeto de establecer un orden que proteja a los acreedores como colectividad con sujeción a los principios que integran el sistema de la «*par conditio creditorum*»: comunidad de pérdidas y tratamiento igual de los acreedores.

1. Competencia

La competencia para conocer del procedimiento concursal de quiebra corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria. El

53. *Ibid.*, p. 907.

54. *Vid.* GARRIDO, J. M., «El privilegio del acreedor instante de la quiebra», en *R.D.M.*, 1992, pp. 799 y ss.

55. *Cfr.* APODACA Y OSUNA, F., Presupuestos de la quiebra, *op. cit.*, pp. 33 y 34; BROSETA PONT, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, *op. cit.*, p. 735; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente, MORENA CATENA, Víctor, Derecho Procesal Civil. Parte especial, *op. cit.*, p. 216; GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil II; *op. cit.*, p. 387; SÁNCHEZ CALERO, Fernando, Instituciones de Derecho Mercantil, *op. cit.*, p. 606; URÍA, Rodrigo, Derecho Mercantil, *op. cit.*, p. 1042.

nombramiento de jueces especiales para el conocimiento de los juicios universales que, por el número de personas, cuantía de los intereses afectados o por otras circunstancias extraordinarias, pudieran hallarse comprendidas en las previsiones del Decreto-Ley de 17 de julio de 1947 ha sido declarado inconstitucional por la S.T.C. 101/1984, de 8 de noviembre ⁵⁶.

Admitido que han de conocer del procedimiento de quiebra los jueces ordinarios, la competencia objetiva corresponde al de primera instancia ⁵⁷.

Para la determinación de la competencia territorial nuestra L.E.C. establece dos fueros legales, según la quiebra sea voluntaria o necesaria:

a) Cuando la quiebra sea voluntaria «*será Juez competente el del domicilio del deudor*» (art. 63. 8 L.E.C.), para cuya determinación habrá de acudirse a las normas sustantivas (arts. 40 C.C., 15 C.Com. y 6 L.S.A.) y procesales (arts. 65 y 66 L.E.C.).

b) Cuando la quiebra es necesaria, el art. 63.9 L.E.C. sólo contempla uno de los supuestos de iniciación del procedimiento de quiebra, cual es, cuando el acreedor fundamente su solicitud en la existencia de un procedimiento de ejecución pendiente, y fija como Juez competente el de cualquiera de los lugares en que se esté conociendo de las ejecuciones singulares, siendo preferente el del domicilio del deudor, si éste o el mayor número de acreedores lo reclama-

56. La citada sentencia declara la inconstitucionalidad de tres de sus preceptos, lo que equivale a negar la posibilidad de nombrar jueces especiales, sobre la base de la aplicabilidad a los procesos civiles del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, de la exigencia de que el cauce normativo para determinar cuál sea el Juez competente en cada caso es la Ley en sentido estricto y no el Decreto-Ley, ni las disposiciones emanadas del ejecutivo y, de la constatación de que la predeterminación legal del Juez significa que la Ley, con generalidad y anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso.

57. Cfr. arts. 1325.2.º LEC y 1017 C.Com. de 1829. En el mismo sentido, la Propuesta de Anteproyecto de 1995 otorgaba la competencia objetiva para conocer del concurso de acreedores al Juez de primera instancia (art. 8 P.A.L.C.).

sen y, en su defecto, aquel en que antes se decretase la quiebra (art. 63, regla 9.^a). Cuando no hay ejecuciones pendientes y se da la hipótesis del art. 876.2 C.Com («también procederá la declaración de quiebra a instancia de acreedores que justifiquen sus títulos de crédito, y que el comerciante ha sobreseído de una manera general en el pago de sus obligaciones»), ante el silencio legal, la doctrina⁵⁸ y jurisprudencia más reciente⁵⁹ han atribuido la competencia al Juez donde el deudor tenga su domicilio, por aplicación directa del «*forum domicilii*» en todo lo no especialmente previsto, por ser el fuero general supletorio de los especiales⁶⁰.

Con una regulación sustancialmente diferente a la que prevé la L.E.C., la P.A.L.C. de 1995 modificaba los criterios orgánicos de división de los órdenes jurisdiccionales y de atribución de competencia a los Jueces del orden civil⁶¹, a fin de declarar competente para conocer del concurso al Juez de Primera Instancia de la capital de la provincia donde el deudor tuviese su domicilio o donde radicase el centro efectivo de sus actividades⁶².

58. Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «La competencia territorial en los casos de quiebra necesaria», en *R.J.C.*, 1979, p. 202.

59. *Vid.* por todas, STS de 12 de enero de 1987 (RJ 1987, 222).

60. Ello no obstante, ante esta laguna legal han sido diversas las soluciones dadas por la jurisprudencia cuando se inste una quiebra sin que haya ejecuciones pendientes. En primer lugar, se ha considerado Juez competente, de acuerdo con el último inciso de la regla 9.^a del art. 63, al primero que la haya decretado (SSTS 3 de abril de 1922 [CL, T. LXXIV, Vol. 2, núm.1], 3 abril de 1922 [CL, T. LXXIV, Vol. 2, núm.4], 10 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3621]). En segundo lugar, se ha estimado Juez competente al del domicilio del deudor, de acuerdo con la regla 8.^a del art. 63 (SSTS 4 de julio de 1931 [RJ 1930-31, 2120], 30 de diciembre de 1953 [RJ 1953, 3527]). En tercer lugar, se ha entendido Juez competente al determinado por la regla 1.^a del art. 62 de la LEC (SSTS de 23 de abril de 1934 [RJ 1934, 762], 16 de octubre de 1953 [RJ 1953, 2508]).

61. En este sentido, la Propuesta incluía las necesarias modificaciones de las leyes procesales: *vid.* Disposición Adicional Cuarta de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal (modificación de la Ley de Demarcación y Planta Judicial); cfr. también la Propuesta de Anteproyecto de Ley Orgánica de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Código Penal, en ROJO FERNÁNDEZ, Ángel, *Materiales para la reforma de la legislación concursal*, *op. cit.*, pp. 1009 y ss, art. 1.

62. Cfr. art. 8 de la Propuesta de Anteproyecto de 1995. Con una regulación similar, el Texto de la Ordenanza alemana de insolvencia (*Insolvenzordnung*) de 5 de octubre de 1994, establece que «*el juzgado de primera instancia del lugar*

Con esta especialización judicial, que derivaba del criterio de atribución de la competencia territorial, se pretendía que el Juez ejerciera jurisdicción con carácter exclusivo sobre el patrimonio del deudor, una de cuyas consecuencias principales hubiera sido la prohibición de las ejecuciones separadas que la experiencia pasada ha relevado dañosas y perjudiciales para los intereses más directamente afectados por la situación de crisis económica. De esta manera, el Juez del concurso pasaba a ser el único competente para acordar ejecuciones y embargos de cualquier clase sobre bienes y derechos de la masa activa (art. 64 P.A.L.C.), aunque el crédito en base al cual se pretendiera la ejecución tuviera naturaleza laboral o fuera de carácter público ⁶³.

La enorme complejidad de los procedimientos concursales, determinada por su carácter universal y por la naturaleza empresarial, generalmente, del deudor común, aconseja la especialización jurisdiccional, que requiere además un cambio de mentalización por parte de los miembros de la Judicatura, ya que las situaciones concursales exigen, en ocasiones, un esfuerzo imaginativo por parte del Juez que dote al procedimiento de la agilidad y flexibilidad requeridas para su éxito ⁶⁴.

2. Partes legitimadas

Dado el principio dispositivo o de rogación de nuestro Ordenamiento civil y admitido que la quiebra no es más que un proceso de naturaleza predominantemente civil, se comprende que, al igual que nuestros restantes procesos civiles, sólo pueda iniciarse a petición de parte.

en que se encuentre la sede del Tribunal de la región es exclusivamente competente, como juzgado de la insolvencia, para el procedimiento de insolvencia que tenga lugar dentro de la jurisdicción del Tribunal de la región» (& 2 InsO), siendo competente territorialmente el juzgado de la insolvencia en cuya jurisdicción tenga el deudor su foro general (& 3 InsO).

63. *Vid.* Exposición de Motivos, apartado II, 2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995.

64. *Vid.* GARRIDO, J. M.^a, La reforma del derecho concursal español, *op. cit.*, pp. 909 y 910; ILLESCAS ORTIZ, Rafael, La reforma de la mecánica del derecho concursal español: Procedimientos, jurisdicción, operadores, *op. cit.*, p. 21.

Por eso cabe decir que, en nuestro Derecho concursal vigente ⁶⁵, así como en la P.A.L.C. de 1995 ⁶⁶, sólo existen dos modos de iniciación del procedimiento concursal, a saber: voluntaria –cuando la solicita el propio deudor– y necesaria –cuando la pide un acreedor legítimo–, no permitiéndose dicha iniciación a instancia del Ministerio público, ni, desde luego, se faculta al Juzgado para que la declare de oficio ⁶⁷.

Ello no obstante, dada la naturaleza de la quiebra como un proceso que afecta no sólo al interés de los acreedores participantes en él, sino también al interés general del Estado y de la economía general, no vemos inconveniente alguno en otorgar dicha legitimación al Ministerio Fiscal, no sólo cuando actúe en representación de personas o entidades cuya defensa le esté atribuida, sino también como representante de la Ley para su defensa o la de los intereses de orden económico y social que queden afectados por la quiebra, singularmente cuando el hecho económico del procedimiento concursal afecta a una empresa de carácter industrial o mercantil ⁶⁸.

65. El art. 1323 L.E.C. establece que *«la declaración formal del estado de quiebra podrá solicitarla el mismo quebrado, o cualquier acreedor legítimo cuyo derecho proceda de obligaciones mercantiles»*. (Vid. también arts. 63.8 y 9 LEC).

66. La P.A.L.C. de 1995 otorgaba legitimación *«para solicitar la declaración judicial de concurso al deudor y cualquiera de sus acreedores. En el caso de que el deudor fuese persona jurídica, están también legitimados cualquiera de sus administradores o de sus liquidadores y, en el caso de sociedad, los socios personalmente responsables de las deudas sociales y aquellos que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social»* (art. 4).

67. Tal es, también, el parecer de nuestro T.S. que en su sentencia de 17 de Abril de 1991 (RJ 1991, 2719), ha tenido ocasión de proclamar la falta de legitimación de los Juzgados para declarar la quiebra de oficio, ni tan siquiera por razones de orden público y de amparo a los acreedores, señalando que *«en el sistema de nuestro Código de Comercio, la solicitud de declaración de quiebra a instancia de un acreedor requiere que este justifique su título de crédito, aunque no hubiere obtenido mandamiento de embargo (art. 877.2 C.Com. de 1885), sin que sea admisible la pretensión si se ejercita sin dicha justificación y sin que el Juez pueda tampoco, salvo caso de adopción de las medidas urgentes previstas en el art. 877.2, actuar de oficio aunque tenga conocimiento de la situación general de la insolvencia del deudor»*. Vid. también Autos de la AP de Madrid de 29 de noviembre de 1994 y 19 de octubre de 1994.

68. En este sentido la «Legge Fallimentare» prevé en su art. 7 que, *«cuando la insolvencia resulta de la fuga o de la ocultación del empresario, del cierre de los locales de la empresas, de la substracción, de la sustitución o de la disminución*

Asimismo, si se tiene en cuenta que la conducta del deudor, con anterioridad a la declaración del concurso, puede estar matizada por actos u omisiones que el interés público aconseja sancionar y, aun penar ⁶⁹, no resulta desproporcionado que, en ciertos casos excepcionales, pudiera también iniciarse de oficio ⁷⁰.

Conviene reiterar, sin embargo, que en nuestro Ordenamiento positivo y en los Anteproyectos de Ley Concursal existentes, a diferencia de lo que sucede en algunas otras legislaciones concursales ⁷¹,

fraudulenta del activo por parte del empresario, el Fiscal que procede contra el empresario debe requerir al Tribunal competente para la declaración de quiebra». También otorgan legitimación al Ministerio Fiscal para solicitar la iniciación del proceso concursal la Ley francesa («Redressement et Liquidation Judiciaires» (art. 4 Loi de 1985) y el Código portugués de los procesos especiales de recuperación de la empresa y de la quiebra (art. 17 Código portugués).

69. Para un estudio de la calificación concursal y sus repercusiones penales, *Vid. FERRER BARRIENDOS, A., «Repercusiones concursales del Nuevo Código Penal», en Cuadernos de Derecho Concursal, Derecho Concursal II, C.G.P.J., Madrid, 1996, pp. 539-590.*

70. *Vid. RAMÍREZ, José A., La Quiebra I, op. cit., p. 590; VICENT CHULIÁ, F., «En vísperas de la reforma del derecho concursal español», en R.J.C., Núm. 3, 1979, pp. 179 y 180. También hemos encontrado un caso en que el Juzgador ha declarado de oficio el auto de declaración de quiebra aduciendo para ello «que en el juicio de quiebra se persiguen dos finalidades principales; una de carácter privado, en cuanto se persigue la realización de los bienes del quebrado y la distribución de su importe entre los acreedores; y otra de carácter público ya que es un proceso tendente a proteger las actuaciones de comercio y el orden público económico general, así como la determinación de la responsabilidad en que hubiere podido incurrir el quebrado ... El Estado en cumplimiento de su misión tutelar, debe amparar aquellos intereses que aunque originariamente privados, por circunstancias especiales como las expuestas no pueden ser atendidas por los particulares, precisando la declaración de oficio de la quiebra necesaria» (Auto de 5 de marzo de 1993 del Juzgado de 1.ª Instancia 34 de Barcelona).*

71. La Ley de quiebras italiana («Legge Fallimentare»), después de señalar que la quiebra se declara a petición del deudor, a solicitud de uno o más acreedores, a instancia del Ministerio Fiscal, o de oficio (art. 6 LF), prevé que, si en el curso de un juicio civil resulta la insolvencia de un empresario que sea parte en el juicio, el Juez lo comunicará al Tribunal competente para la declaración de quiebra (art. 8 LF). La Ley francesa de 1985 («Redressement et Liquidation Judiciaires») también otorga legitimación al Tribunal para declarar de oficio la apertura del procedimiento de saneamiento judicial, el cual, podrá conducir a la liquidación judicial sin la apertura de un período de observación cuando la empresa ha cesado por completo toda su actividad o cuando el saneamiento sea

lo único que se autoriza es que el Juez inicie de oficio, no el procedimiento concursal, sino sólo las medidas cautelares o de aseguramiento que le son consustanciales ⁷².

A) *Solicitud del deudor*

Cuando la declaración de quiebra haya sido solicitada por el deudor habrá de acompañar a su petición los documentos legalmente exigidos, entre los que destacan los que, a continuación, se relacionan: en primer lugar, la relación de todos los acreedores con indicación de la cuantía de sus créditos, fechas de vencimiento y garantías de que se beneficien; en segundo, un inventario de bienes y derechos con expresión de su valor y del lugar en que se encuentren y, en su caso, de los datos de identificación registral; en tercero, las cuentas anuales, el informe de gestión y el de auditoría, en el supuesto de que el deudor estuviera obligado a llevar la contabilidad de su empresa ⁷³ (art. 1324 L.E.C. en relación con los arts. 1017-1022 C.Com. de 1829).

manifiestamente imposible (art. 4, ap. 2.º Loi de 1995 en relación con su art. 1, parcialmente modificado por Ley núm. 94-475 de 10 de junio de 1994. Del mismo modo, el Código portugués de 1993 («Código de los procesos especiales de recuperación de la empresa y de la quiebra») admite que la quiebra pueda ser declarada de oficio por el Tribunal, en los supuestos especialmente previstos en dicha Ley (art. 8.4 Código portugués).

72. En este sentido, el art. 877.2 C.Com. de 1885 establece que «*los Jueces procederán de oficio, además, en los casos de fuga notoria o de que tuvieren noticia exacta, a la ocupación de los establecimientos del fugado, y prescribirán las medidas que exija su conservación, entre tanto que los acreedores usan de su derecho sobre la declaración de quiebra*». Frente a ello, en la Propuesta de Anteproyecto de 1995 se suprime la posibilidad de adopción de oficio de dichas medidas, pudiendo adoptarse sólo a instancia del solicitante del concurso (art. 13 P.A.L.C. de 1995).

73. La obligación del deudor de acompañar a su solicitud estos documentos aparece, directa o indirectamente, en todas las legislaciones concursales de nuestro entorno comunitario. Así, dicha exigencia se recoge expresamente en la legislación italiana (art. 14 Legge Fallimentare: «*Obbligo dell'imprenditore che chiede il proprio fallimento*») y en la legislación portuguesa (art. 16 del Código de los procesos de recuperación de la empresa y de la quiebra: «*Aportación de documentos por el deudor*»). En el derecho francés, aunque no se exige que el deudor acompañe con su solicitud estos documentos, sí se prevé que con carácter previo a que el Juez decrete un plan de saneamiento o deci-

En la regulación adoptada por nuestro Derecho concursal vigente, la declaración voluntaria constituye una situación jurídica inatacable, que procesalmente deviene firme desde el momento de la notificación de la resolución en que se tiene por ejercitado el derecho del deudor de solicitar la declaración de quiebra ⁷⁴. No se concede, de manera expresa, a los acreedores un derecho de oposición a la declaración en supuestos de quiebra voluntaria, aun cuando el T.S. ⁷⁵ ha venido admitiendo este derecho por aplicación extensiva de los preceptos de la L.E.C., que expresamente reconoce este derecho a los acreedores en el concurso civil ⁷⁶.

En idéntico sentido, en la P.A.L.C. 1995 ⁷⁷ la solicitud de declaración judicial de concurso instada por el deudor se consideraba «por si sola» reconocimiento del estado de insolvencia, siendo suficiente que el Juez estimase su competencia en relación con la solicitud presentada por el deudor para que dictase sentencia declarando el concurso de acreedores, sin necesidad de examinar si el presupuesto objetivo de la declaración de concurso podía deducirse de los documentos presentados por el deudor, con los consiguientes riesgos que ello conllevaba ⁷⁸.

da la liquidación, el deudor facilite al administrador toda la información necesaria para que éste pueda elaborar el balance social y económico de la empresa (art. 18 Loi de 1985). En idéntico sentido, *Vid.* art. 5 P.A.L.C. de 1995.

74. *Vid.* STS de 9 de enero de 1984 (RJ 1984, 342).

75. *Vid.* SSTS de 18 de febrero de 1916 (CL, T. LIII, Vol. 1, núm.105), 9 de enero de 1984 (RJ 1984, 342), 27 de abril de 1989 (RJ 1989, 3266), 19 de junio de 1989 (RJ 1989, 4698).

76. La supletoriedad ordenada por el art. 1319 LEC permite la invocación de lo establecido para el concurso por el art. 1170 de la misma Ley en el caso de quiebras, precepto que prevé que *«cualquier acreedor legítimo puede oponerse a la declaración de concurso, ya sea voluntario o necesario, para que se deje sin efecto por ser improcedente el juicio universal, o para que se haga en su lugar la declaración de quiebra y se siga el procedimiento establecido por la Ley para las quiebras mercantiles»*.

77. *Vid.* arts. 5.1 y 12.1 P.A.L.C.

78. Dicha comprobación tenía lugar no de manera necesaria, sino eventual, una vez declarado el concurso y a través de un recurso de apelación interpuesto por acreedores o cualquier persona que acreditase tener interés legítimo, pues, no se les concedía a los acreedores un derecho de oposición a la solicitud de concurso por el deudor, oposición que tan sólo se permitía al deudor frente a la solicitud por los acreedores.

Sería más conveniente, desde el punto de vista de la funcionalidad del procedimiento concursal, no partir del carácter confesorio del deudor y establecer un sistema de comprobación «*a priori*» del presupuesto objetivo en supuestos de quiebra voluntaria, en virtud del cual, el Juez de primera instancia condicionará la declaración judicial de quiebra, solicitada por el deudor, a la valoración positiva que realice sobre la justificación del presupuesto objetivo de dicha declaración, así como al completo cumplimiento de la obligación legal de entrega de documentos y libros.

El carácter confesorio de la solicitud del deudor, si bien podía resultar históricamente justificado en base a los rigurosos efectos de la quiebra sobre el deudor en sus orígenes, no resulta justificado en la actualidad, dada la atenuación de los efectos inherentes al procedimiento de quiebra ⁷⁹. Además, produce el peligro de que el deudor cuya situación económica real no justificaría la declaración de un procedimiento concursal, lo solicite para trasladar y compartir su riesgo con los acreedores, intentando forzar un convenio al que, de otro modo, no se podría optar.

Ello supondría que los acreedores se verían privados de sus acciones ejecutivas e inmersos en un procedimiento colectivo sin justificación alguna, resultando desvirtuada la función del procedimiento de quiebra, tanto dentro del sistema, como en relación con la composición de intereses afectados por la crisis.

B) Solicitud de los acreedores

En el supuesto de que la declaración judicial de quiebra hubiese sido solicitada por cualquiera de los acreedores, el Juez competente para conocer de la solicitud dictará providencia admitiéndola a trámite, siempre y cuando los acreedores hayan hecho entrega de la documentación en la que fundamenten la existencia de sus créditos y, por tanto, su legitimación activa, así como expresado los medios de prueba de que se valgan o pretendan valerse para acreditar el estado de insolvencia del deudor.

79. *Vid.* PULGAR EZQUERRA, J., La propuesta de reforma del Derecho Concursal español de 12 de diciembre de 1995, *op. cit.*, pp. 465 y 466; MARCOS GONZÁLEZ, M.^a, La declaración formal de quiebra y sus efectos, *op. cit.*, pp. 315 y 316.

El requisito esencial que condiciona la admisión a trámite de la declaración de quiebra, a petición de uno o varios acreedores, radica en que éstos acrediten su legitimación activa mediante la aportación del título o títulos justificativos de sus créditos desde el momento mismo de formularse la referida petición ⁸⁰, de tal modo, que si no aparece acreditado en debida forma este auténtico presupuesto procesal, el Juez, apreciando «*ex officio*» dicha falta de legitimación activa en el acreedor o acreedores solicitantes, ha de denegar «*a limine litis*», no propiamente la pretendida declaración de concurso, sino la admisión a trámite de la referida petición ⁸¹.

Concurriendo este primer requisito, el Juez debe admitir y practicar la prueba propuesta por el acreedor o acreedores para que, mediante ella, éstos puedan acreditar la concurrencia del estado de insolvencia en que se encuentra el patrimonio del deudor.

Como puede observarse, el legislador no ha establecido una fase contradictoria previa a la declaración en la que ambas partes puedan poner de manifiesto las alegaciones y pruebas pertinentes referentes al presupuesto objetivo de la declaración, aportando al

80. En este sentido, la doctrina del Tribunal Supremo ha sido constante e inalterada, exigiendo que habrán de tener un mandamiento de embargo en virtud de un título ejecutivo o simplemente que hayan obtenido mandamiento de ejecución (STS 16 de diciembre de 1905 [CL, T. XIX, Vol. 3, núm. 149], o presenten título por el que se haya despachado ejecución (SSTS 21 de diciembre de 1898 [JC, T. 85, núm. 137]; 12 julio de 1940 [RJ 1940, 705]), o posean títulos consistentes en letras de cambio giradas contra el deudor y protestadas por falta de pago (STS 26 de octubre de 1907 [JC, T. 108, núm. 112]), o que hayan procedido de embargo sin haber encontrado bienes suficientes (STS 6 de febrero de 1911 [CL, T. XXXVIII, Vol. 1, núm. 50]), o simplemente tengan títulos justificados con documento fehaciente (SSTS 16 de febrero de 1933 [RJ 1932-1933, 1495], 19 junio de 1989 [RJ 1989, 4698], 5 junio de 1990 [RJ 1990, 4738]).

81. En el Código portugués de 1993 también subyace la postura que se pronuncia a favor de la justificación documental como la única capaz de fundamentar el carácter del acreedor que insta la declaración de la quiebra, estableciendo su art. 17.1 que «*el acreedor que solicite la aplicación de alguna de las modalidades de recuperación de la empresa o pretenda obtener la declaración de su quiebra debe justificar en su petición el origen, naturaleza y cuantía de su crédito, ofrecer con esta solicitud los elementos que sean posibles relativos al activo y pasivo del deudor y fundamentar resumidamente la solicitud*». En idéntico sentido, *Vid.* también arts. 7, 1 y 2 PALC.

órgano judicial los datos necesarios que le permitan conocer con exactitud la situación patrimonial del sujeto pasivo de la declaración ⁸².

Prescindiendo ahora de la posible inconstitucionalidad del sistema vigente ⁸³, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, al igual que ha sucedido en Italia al conocer la Corte Constitucional del art. 15 de la «Legge fallimentare» ⁸⁴, el principio de audiencia del deudor ha de ser afirmado con todas sus consecuencias.

La introducción de una fase contradictoria con carácter previo a la declaración judicial del concurso en la que se permita al deudor, a los acreedores e incluso a los terceros que acrediten tener un interés legítimo alegar lo que convenga a sus derechos, ha venido reclamán-

82. Sin embargo, tal y como señala Marcos González, una interpretación conjunta de los preceptos materiales y procesales que integran la regulación de la declaración de quiebra en nuestro Derecho Concursal, permite establecer una diferencia decisiva en esta materia entre la «declaración formal de quiebra» (arts. 1323 LEC y 1016 C.Com. 1829) –dictada sin citar ni oír formalmente al quebrado– y lo que podríamos denominar «declaración sustantiva o material de quiebra», única resolución que declara propiamente en quiebra el empresario, que se dictará con posterioridad a la celebración o preclusión de la fase de oposición, y, por tanto, tras conceder al quebrado y a los acreedores, la posibilidad de ser oídos en los autos de la quiebra. *Vid.*, MARCOS GONZÁLEZ, M.^a, La declaración forma de quiebra y sus efectos, *op. cit.*, pp. 302-308.

83. Téngase en cuenta los Autos del Tribunal Constitucional de 10 octubre de 1984, 18 diciembre de 1985 y 21 de julio de 1989. El Tribunal Constitucional señala que «el art. 1325 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede considerarse inconstitucional por tener su razón de ser en la necesidad de atender a los intereses de los acreedores, dirigidos a la ocupación de la masa de bienes que integra la quiebra y sobre la que poder realizar sus derechos como tales acreedores, por lo que dicha resolución debe declararse sin conocimiento del deudor, ya que podría obstaculizar con su conducta aquella finalidad, además que, cual ahora acontece, la defensa de sus derechos la puede ejercer dentro del proceso de quiebra, por lo que su indefensión no se produce, aunque su defensa se aplaze en el tiempo».

84. El art. 15 de la «Legge Fallimentare» faculta al Tribunal, antes de declarar la quiebra, para ordenar la comparecencia del empresario en Audiencia privada y oírlo, incluso en confrontación con los acreedores instantes. Con respecto a dicho precepto legal, la Sentencia de la Corte Cost. 16 de julio de 1970, núm. 141 ha declarado su inconstitucionalidad «nella parte in cui esso non prevede l'obbligo del tribunale di disporre la comparazione dell'imprenditore in camera di consiglio per l'esercizio del diritto di difesa nei limiti compatibili con la natura di tale procedimento».

dose por la doctrina mayoritaria ⁸⁵, quien ha afirmado que la ausencia de dicha fase contradictoria implica que la resolución judicial que declara en quiebra a un empresario se adopta con base en una información fáctica y jurídica insuficiente para la correcta valoración judicial del presupuesto objetivo de la declaración de quiebra, por lo que dicha instrumentación procesal vulnera los principios procesales básicos de nuestro Ordenamiento.

Asimismo, la existencia de un cauce contradictorio previo a la declaración judicial de quiebra en la que ambas partes puedan alegar y probar los hechos referentes al presupuesto objetivo de la declaración ha venido imponiéndose, de una u otra manera, en las legislaciones concursales europeas más recientes ⁸⁶, con la única

85. A favor de la introducción de esta fase contradictoria previa se ha pronunciado mayoritariamente la doctrina. *Vid.* MARCOS GONZÁLEZ, M.^a, La declaración formal de quiebra y sus efectos, *op. cit.*, p. 153; VICENT CHULIÁ, F., En vísperas de la reforma del derecho concursal español, *op. cit.*, p. 919; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, Aproximación al proceso de declaración de quiebra, *op. cit.*, p. 461; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1977», en *R.D.P.*, 1978, p. 503; FERRÉ ORIOL, J., «Inconstitucionalidad del art. 1325, 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a la declaración de quiebra sin citación ni audiencia del quebrado», en *R.J.C.*, 1982, Núm. 3, pp. 722-727; CARRERAS LLANSANA, J., «El Juez y la sindicatura del concurso», en *Reforma del Derecho de Quiebra*, Madrid, 1982, p. 252.

86. El Código de los procesos especiales de recuperación de la empresa y de la quiebra aprobado en Portugal por el Decreto-Ley de 23 de abril de 1993, establece que, una vez presentada por el deudor o alguno de los acreedores la solicitud de declaración de quiebra, no existiendo motivo alguno para la denegación «*a limine*» de la solicitud de apertura, el Juez ha de citar al deudor y a todos los acreedores, concediéndoles un plazo de 14 días para que puedan formular oposición a la solicitud de quiebra (art. 20). Formulada oposición por alguna de las partes legitimadas, el órgano judicial procederá inmediatamente a señalar audiencia dentro de los siete días siguientes, al que habrán de ser citados el deudor, los solicitantes de la quiebra y los acreedores que hayan formulado oposición (art. 123). En dicha audiencia el Juez oír a los abogados de las partes sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de quiebra y se practicarán las pruebas que hayan sido declaradas pertinentes, procediendo a dictar sentencia declarando o denegando la quiebra una vez finalizada la misma (arts. 124 y 125). La Ley francesa sobre el saneamiento y la liquidación judicial de las empresas de 1985 también garantiza el principio contradictorio, con carácter previo a la liquidación judicial de la empresa, a través de un doble cauce procesal. Inicialmente, se prevé que, una vez solicitada por el deudor o por cualquiera de los acreedores la apertura del procedimiento de saneamiento

excepción de la «Legge Fallimentare», en donde su art. 15 tan sólo faculta al Tribunal, antes de declarar la quiebra, para ordenar una comparecencia del empresario en audiencia privada y oírlo, precepto que como se ha indicado fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional.

judicial, el Tribunal decidirá sobre la procedencia del mismo después de haber oído o citado debidamente ante la Sala al deudor y a los representantes del comité de empresa o, en su defecto, a los delegados de personal, pudiendo oír igualmente a todas las personas que considere conveniente (art. 6 Loi de 1985). Una vez decretada la apertura del procedimiento de saneamiento judicial, el órgano judicial abrirá un período de observación con la finalidad de que el administrador, con el concurso del deudor, pueda recabar la información necesaria que le permita elaborar un informe sobre el balance económico y social de la empresa en donde habrá de precisar el origen, la importancia y la naturaleza de las dificultades de la empresa (art. 18 Loi de 1985). Presentado dicho informe, el Tribunal decretará un plan de saneamiento o decidirá la liquidación de la empresa después de que el deudor, el administrador, el representante de los acreedores, un interventor, así como los representantes del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal hayan sido oídos o debidamente citados (art. 61 Loi de 1985 ampliado por L. núm. 94-475 de 10 de junio de 1994).