

M. J. Marín López, “La limitación de las facultades patrimoniales del concursado”, *Aranzadi Civil*, 2005, n.º 13, pp. 17 a 63.

INDICE

- I. Declaración de concurso y facultades patrimoniales del concursado.
- II. Límites a las facultades patrimoniales del concursado.
 - A. La intervención.
 - B. La suspensión.
 - C. La intervención y la suspensión en caso de ejercicio de una actividad empresarial o profesional.
- III. Tipos de concurso y limitaciones de las facultades patrimoniales.
 - A. Regla general: concurso voluntario/intervención y concurso necesario/suspensión.
 - B. Excepciones.
- IV. Contenido y ámbito objetivo de la limitación.
 - A. Actos de administración y de disposición.
 - B. Bienes y derechos de la masa activa.
 - a. Delimitación positiva.
 - b. Delimitación negativa.
 - C. El concurso de la persona casada.
 - D. Facultades que conserva el concursado.
- V. La duración de las limitaciones patrimoniales.
 - A. Comienzo de las limitaciones.
 - a. Regla general.
 - b. Excepciones.
 - c. Reanudación de las limitaciones.
 - B. Terminación de las limitaciones.
 - a. La aprobación del convenio.
 - b. La conclusión del concurso.
 - c. La “desafectación” de bienes y derechos integrados en la masa activa.
- VI. Consecuencias patrimoniales de los actos del concursado ajustados a las limitaciones patrimoniales.
- VII. La ineficacia de los actos realizados en contravención de la limitación.
 - A. Legitimación para el ejercicio de la acción de anulación.
 - B. La confirmación o convalidación.
 - C. Plazo de ejercicio de la acción de anulación.
 - D. Efectos de la anulación.
 - E. El cierre registral.
 - F. Actos sometidos al régimen de ineficacia del art. 40.7 LC.

VIII.Sobre la naturaleza de la limitación de las facultades patrimoniales del concursado:
¿incapacidad de obrar o prohibiciones legales?

La limitación de las facultades patrimoniales del concursado

I. Declaración de concurso y facultades patrimoniales del concursado.

La declaración de concurso procede cuando existe un deudor que está en situación de insolvencia (art. 2.1 de la Ley Concursal; en adelante, LC), lo que sucede cuando el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC). En tal caso, el legislador arbitra un procedimiento al que pueden concurrir todos los acreedores del deudor para dirimir quién de entre ellos debe cobrar y por qué orden. Aunque, en realidad, el modelo instaurado en la LC prima el convenio sobre la liquidación; es decir, se prefiere que se llegue a un acuerdo entre las partes implicadas con el fin de superar la situación de insolvencia del deudor, antes que llevar a cabo a la liquidación de su patrimonio y proceder al pago de los acreedores en el orden que se haya establecido.

Es evidente que el éxito del concurso depende directamente de la adecuada conservación y administración del patrimonio del concursado. Desde la declaración de concurso y durante la tramitación del procedimiento concursal, deben adoptarse las medidas necesarias para que la masa activa del concurso (esto es, los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor; art. 76.1 LC) no se pierda. De nada serviría el concurso del deudor si resulta fácil que los bienes y derechos de éste puedan dejar de formar parte de su patrimonio. La minoración de este patrimonio perjudica gravemente a los acreedores, que verán así mucho más complicado cobrar lo que el deudor les debe.

Por este motivo, la declaración de concurso provoca una limitación en el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado. De hecho, el auto de declaración de concurso debe contener necesariamente un pronunciamiento en relación a los “efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio” (art. 21.1.2º LC). Aunque es incluso posible que las medidas que limitan las facultades patrimoniales del deudor se adopten antes de la declaración de concurso, como medidas cautelares, al admitir a trámite la solicitud de concurso presentado por un acreedor, con el fin de preservar la integridad del patrimonio del deudor (art. 17.1 LC). En este ámbito, el precepto fundamental es el art. 40 LC, si bien existen otros artículos que de un modo u otro también se refieren a las facultades patrimoniales del concursado (entre otros, arts. 17.1, 43, 44, 133.2, 137.1, 145.1, 178,1 LC).

Conviene advertir, en todo caso, que las limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado se caracterizan por su gran flexibilidad. La regla general es que en caso de concurso voluntario las facultades de administración y disposición de su patrimonio se someten a un régimen de intervención (art. 40.1 LC), mientras que si se trata de un concurso necesario quedan sometidas a un régimen de suspensión (art. 40.2 LC). Pero esta regla admite excepciones, pues aunque se trate de un concurso voluntario el juez, en el auto de declaración de concurso, podrá adoptar el régimen de suspensión, y viceversa, aunque el concurso sea necesario puede establecer un régimen de intervención (art. 40.3 LC). Además, esta decisión del juez es provisional, en el sentido de que es susceptible de modificación, mediante auto, en cualquier momento del procedimiento concursal, cambiando el régimen de intervención por el de suspensión o al revés (art. 40.4 LC). Pero es que la aprobación del convenio o la apertura de la fase

de liquidación también van a tener consecuencias en las facultades patrimoniales del concursado. En efecto, desde que el convenio sea eficaz, van a cesar todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC), entre ellos, las limitaciones patrimoniales del concursado. Si bien el propio convenio podrá establecer medidas (convencionales) prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor (art. 137.1 LC). Por otra parte, durante la fase de liquidación las facultades patrimoniales del concursado quedan necesariamente sometidas al régimen de suspensión (art. 145.1 LC), de modo que si hasta ese momento regía el régimen de intervención, habrá de sustituirse por el de suspensión.

La declaración de concurso afecta directamente a las facultades de administración y disposición del patrimonio del concursado, pues éstas se ven limitadas en caso de intervención (art. 40.1 LC), y suspendidas en caso de suspensión (art. 40.2 LC). Esto tiene igualmente consecuencias en la capacidad procesal del concursado. La LEC regula en el art. 7 la comparencia en juicio. Pues bien, la LC introduce en ese art. 7 LEC un nuevo apartado 8, según el cual “las limitaciones de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal”. La remisión del art. 7.8 LEC debe entenderse realizada, entre otros, a los arts. 51.2 y 3, y 54.1, 2 y 3 LC.

Los apartados 2 y 3 del art. 51 LC regulan el modo en que la declaración de concurso ha de influir en la capacidad procesal del concursado en los distintos procesos declarativos en que el deudor sea parte y que se estén tramitando en el momento de la declaración de concurso¹. A estos efectos, el legislador distingue, con buen criterio, en función de que las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio hayan sido suspendidas (art. 51.2) o estén sometidas a la intervención de los administradores concursales (art. 51.3). En el primer caso, la administración concursal sustituirá al concursado en los procedimientos judiciales en trámite, aunque se prevé asimismo que el concursado puede seguir interviniendo como parte, si se satisfacen ciertos requisitos, de modo que podrá mantener en ese proceso una representación y defensa propia, separada de la que ejerce la administración concursal (art. 51.2.II LC). En el caso de intervención, el deudor concursado conservará su capacidad para actuar en juicio, pero necesitará de la autorización de la administración concursal para llevar a cabo determinados actos procesales dispositivos (desistimiento, allanamiento y transacción) cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio (art. 51.3 LC).

Por su parte, el art. 54 LC establece qué personas están legitimadas para ejercitar acciones del concursado después de la declaración de concurso². A estos efectos distingue según que el concursado haya sido suspendido de las facultades patrimoniales de administración y disposición o esté sometido a intervención. En el primer caso, la legitimación para ejercitar las acciones del concursado va a corresponder a la administración concursal –para las acciones de índole no personal- o al propio concursado –para las demás acciones- (art. 54.1 LC). En cambio, en la hipótesis de intervención la regla general es que la legitimación para interponer las demandas corresponde al propio concursado; aunque cuando la demanda pueda afectar a su

¹ Sobre el particular, en detalle, v. mi comentario al art. 51 en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 497 y ss.

² Este precepto lo analizo en profundidad en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios...*, cit., Vol. I, pp. 535 y ss.

patrimonio, precisará la conformidad de la administración concursal (art. 54.2 LC). En todo caso, el art. 54.3 LC permite al concursado personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido.

En cualquier caso, la regulación sobre la capacidad procesal del concursado es asistemática e incongruente. Se realiza en el art. 51 LC, para los procesos declarativos en tramitación en el momento de la declaración de concurso, y en el art. 54 LC, para los nuevos procesos declarativos que se inicien tras el concurso y que se basen en acciones del concursado. Pero no se establece cuál es la capacidad procesal del concursado en los casos en que se acumulan al proceso concursal las nuevas demandas presentadas contra el concursado de las que debe conocer el juez del concurso (arts. 50.1 y 192.1.II LC), o en la hipótesis de que se ejerciten acciones judiciales contra el concursado ante un juez distinto al del concurso pero competente para conocer de ellas (art. 50.2 LC). A pesar del silencio del legislador, en tales casos habrá que aplicar la normativa sobre capacidad procesal contenida en el art. 51.2 y 3 LC.

II. Límites a las facultades patrimoniales del concursado.

A. La intervención.

“En caso de concurso voluntario, el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad” (art. 40.1 LC). Por tanto, si se establece un régimen de intervención, el concursado sigue siendo titular de las facultades de administración y disposición. Conserva asimismo la titularidad del ejercicio de estas facultades, si bien precisará la autorización o conformidad de los administradores concursales. Eso significa que para llevar a cabo un acto de administración o disposición es necesario, en primer lugar, que el propio concursado decida llevar a cabo ese acto, y en segundo lugar, que la administración concursal preste su conformidad. En consecuencia, la iniciativa ha de partir siempre del deudor concursado. Pero su sola decisión no es bastante. Precisa la autorización, la conformidad, de la administración concursal, previa solicitud suya. Además, será necesaria la autorización del juez si se pretenden enajenar o gravar los bienes o derechos que integran la masa activa (art. 43.2 LC).

El concursado precisa la “autorización o conformidad” de la administración concursal. Ambos términos son sinónimos, pues el legislador los utiliza de manera indistinta³. La autorización que debe conceder la administración concursal plantea varios problemas:

1) En primer lugar, hay que averiguar cuál es el procedimiento que ha de seguirse para obtener la citada autorización de la administración concursal. La LC contiene un precepto (art. 188) que regula el procedimiento que debe seguirse para obtener autorizaciones judiciales (exigidas por la ley o solicitadas por los administradores concursales por considerarlas ellos convenientes). Sin embargo, no

³ Así, el art. 51.3 LC conserva la capacidad procesal del deudor para actuar en los procesos declarativos en tramitación, aunque necesitará la “autorización” de la administración concursal; por su parte, el art. 54.2 LC alude a que el concursado necesitará la “conformidad” de la administración concursal.

existe en la LC un precepto que establezca el procedimiento que ha de regir para la obtención de la autorización de la administración concursal. Ante esta situación, algún autor ha propuesto utilizar el sencillo procedimiento previsto en el art. 188 LC, a pesar de que éste está legalmente ordenado para otra hipótesis⁴. No comparto esta tesis. Creo más bien que la adopción de decisiones por la administración concursal ha de respetar lo dispuesto en el art. 35.2, 3 y 5 LC. Así, si la administración concursal está integrada por tres miembros, la decisión sobre la autorización solicitada se adoptará por mayoría y, a falta de ésta, resolverá el juez del concurso. Si por cualquier circunstancia sólo están en el ejercicio del cargo dos de los tres miembros de la administración concursal, la decisión debe adoptarse de común acuerdo por los dos; en caso contrario, resolverá el juez. En todo caso el juez resolverá mediante auto, sin que quepa recurso ni planteamiento de incidente concursal sobre la materia resuelta.

2) No está clara la forma que ha de adoptar la autorización. En principio, no tiene que revestir ninguna forma especial, por lo que puede ser oral o escrita. Aunque en realidad dependerá de si el acto en cuestión que pretende realizar el concursado es un acto de trámite o gestión ordinaria, pues los que no tengan esta consideración deberán consignarse en actas, que se extenderán o transcribirán en un libro legalizado por el secretario del juzgado (art. 35.3 LC). A estos efectos, hay que entender que son actos de gestión ordinaria los actos de administración y los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado. No lo son, en cambio, los actos de disposición para los que se requiere autorización del juez (art. 43.2 LC).

3) También hay que plantearse en qué casos puede la administración concursal negar la autorización por razón de contenido. En este punto, debe acudirse a la regla genérica contenida en el art. 43.1 LC: en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso.

4) En cuanto al contenido de la autorización, debe ir referida al acto de administración o disposición propuesto por el concursado, sin que pueda exceder de la petición formulada por éste. No hay obstáculo en que la autorización se otorgue con condiciones. Se trata, en todo caso, de una autorización individual, referida a cada acto concreto⁵.

Las relaciones entre el concursado y la administración concursal serán plácidas cuando ambos estén de acuerdo en el ejercicio de un determinado acto de administración o disposición. Pero pueden volverse turbulentas cuando ambos tengan distintos criterios. Puede suceder que el concursado no ejercite las facultades de administración o disposición de que es titular, que no tome la iniciativa y solicite la autorización a la administración para realizar algún acto. Es posible que esa inactividad perjudique a la masa activa, en contra del principio de adecuada conservación de la misma consagrado en el art. 43.2 LC. En tal caso es evidente que la administración concursal no puede tomar la iniciativa, y ejercitar ella los actos de administración o

⁴ Así, J. ALONSO-CUEVILLAS, en A. SALA/F. MERCADAL/J. ALONSO-CUEVILLAS (Coord.), *Nueva Ley Concursal*, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 799.

⁵ El art. 44.2.I LC prevé la posibilidad de que la administración concursal conceda, en determinados casos, una autorización con carácter general.

disposición que estimen más interesantes para la masa activa. Lo único que podrá hacer es solicitar al juez del concurso el cambio de régimen: que se pase del régimen de intervención al régimen de suspensión (art. 40.4 LC). La situación es distinta cuando el concursado solicita la autorización de la administración concursal, y esta se niega a concederla. Si la negativa está justificada, por ser ello lo más conveniente para los intereses del concurso, no hay más que hablar, pues se trata de una actuación correcta, en la medida en que los administradores concursales han actuado con la diligencia de un ordenado administrador (art. 35.1 LC). Sin embargo, si la negativa es injustificada, el concursado podrá solicitar al juez la separación de los administradores (art. 37.1 LC), además de reclamarles los daños y perjuicios que, en su caso, esa negativa hayan causado a la masa del concurso (art. 36.1 LC). ¿Qué ocurre, en cambio, cuando el concursado solicite la autorización a la administración concursal y esta guarde silencio, sin contestar en un plazo razonable? Sin perjuicio de la responsabilidad en que la administración concursal pueda incurrir (art. 36 LC), hay que entender que si la petición se refiere a un acto de administración o de disposición inherente al ejercicio de la actividad profesional o empresarial que venía ejercitando el deudor al tiempo de la declaración de concurso, el silencio de la administración concursal podrá considerarse como autorización tácita; no así cuando se trate de actos de disposición distintos a los mencionados, para los cuales se precisa la autorización expresa de la administración concursal⁶.

B. La suspensión.

“En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituidos por los administradores concursales” (art. 40.2 LC). La suspensión es un régimen más severo para el concursado que la intervención. Al igual que en ésta, el concursado sigue siendo titular de las facultades de administrar y de disponer. Pero se ve imposibilitado (suspendido) en el ejercicio de esas facultades. La suspensión no sólo afecta al concursado en persona, sino también a cualquier otro sujeto que actúe como representante (legal o voluntario) del concursado.

Al igual que en la hipótesis de intervención, la administración concursal podrá ejercer personalmente las facultades que le atribuye la LC o puede recurrir al auxilio de delegados cuando la complejidad del concurso lo exija; la delegación sólo cabe cuando ha sido autorizada por el juez del concurso (art. 32.1 y 2 LC).

C. La intervención y la suspensión en caso de ejercicio de una actividad empresarial o profesional.

Cuando el deudor es un empresario, el régimen de intervención del art. 40.1 LC, y en menor medida el de suspensión del art. 40.2 LC, puede considerarse claramente inadecuado para los intereses del concurso. Hay que partir de la premisa de que la declaración de concurso no interrumpe el ejercicio de la actividad empresarial o profesional que viniere ejerciendo el deudor (art. 44.1 LC), salvo en los casos

⁶ A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, en A. ROJO/E. BELTRÁN (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2004, pp. 779

excepcionales previstos en el art. 44.4 LC (que el juez acuerde el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como el cese o la suspensión, total o parcial, de su actividad empresarial). La continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado es una consecuencia lógica de la finalidad perseguida por el legislador: favorecer el mantenimiento de la empresa antes que su cierre. La empresa, bien gestionada, puede constituir una importante fuente de recursos económicos, que beneficia directamente a los acreedores del concurso. Por eso ha de continuar funcionando⁷.

Ahora bien, el régimen de la intervención, en los términos en que ya ha sido expuesto, es poco satisfactorio para la hipótesis que ahora se analiza. Ese régimen se funda en la autorización individual de cada uno de los actos de administración y disposición que el concursado pretende llegar a cabo. Se trata de un sistema poco ágil, pues exige la voluntad de dos sujetos (concurado y administración concursal) para cada acto. Estos inconvenientes se solventan con el art. 44 LC. Este precepto faculta a la administración concursal, con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, a conceder una autorización general que determine los actos u operaciones propias del giro o tráfico de esa actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, el concursado podrá realizar por sí solo (art. 44.2.I LC).

Se instaura así un régimen especial de autorización, que se caracteriza por tratarse de una autorización general para un grupo de actos. El órgano competente para concederla es la administración concursal o los auxiliares delegados nombrados por el juez, a solicitud de la administración concursal, para ejercer las facultades relacionadas con la continuación de la actividad del deudor (art. 32.1). Estos sujetos no están “obligados” a conceder la autorización general, pues ésta no tiene carácter reglado. Podrán hacerlo si estiman que ello es lo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43.1 LC). En todo caso, la autorización tiene unos límites objetivos: sólo puede recaer sobre los actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial que venía ejercitando el concursado al tiempo de la declaración de concurso. A estos efectos, ha de atenderse a la actividad realmente ejercitada por el concursado, aunque sea distinta de la que conste en los estatutos como objeto social. Además, sólo pueden autorizarse por este procedimiento los actos u operaciones “propias” del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial. Los actos propios son los actos corrientes de esa actividad empresarial, esto es, los actos cuya repetición supone de suyo ejercicio de la actividad de que se trate. Fuera de estos límites objetivos no cabe autorización genérica, por lo que sólo cabe la autorización individual conforme al art. 40.1 LC. Para decidir si procede o no conceder la autorización general, y qué concretos actos u operaciones propias del giro o tráfico deben ser autorizadas, la administración concursal tomará en consideración la naturaleza y la cuantía del acto u operación. En definitiva, la administración concursal puede excluir aquellos actos que, en función del riesgo que implican para los intereses del concurso, estime que es más correcto someterlos al régimen de autorización individual. Nótese, por otra parte, que los actos fijados en la autorización general no precisan de autorización judicial aunque

⁷ J. L. COLINO MEDIAVILLA, “Comentario al art. 44”, en J. PULGAR EZQUERRA/C. ALONSO LEDESMA/A. ALONSO UREBA/G. ALCOVER GARAU (Dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 617.

se trate de actos de enajenación o gravamen sobre los bienes y derechos que integran la masa activa (art. 43.3 LC).

La autorización general es una autorización *a priori*. Se concede antes de que el concursado exprese su voluntad de realizar un determinado acto de administración o disposición, en contra de lo que es la regla general en el art. 40.1 LC. Una vez concedida la autorización general, la administración concursal debe llevar a cabo una comprobación (*a posteriori*) de que el concursado ha respetado los límites de la autorización general. Por lo tanto, si el concursado se ha extralimitado, porque realiza actos para los que no está autorizado, la administración concursal podrá solicitar la nulidad de esos actos, en los términos del art. 40.7 LC. Además, y aunque no se prevea expresamente en la ley, parece conveniente dar publicidad a la autorización general, con el fin de que los sujetos que puedan entrar en relación con el concursado sepan exactamente cuál es el alcance de esa autorización. En ausencia de norma expresa, se aplicará la norma sobre publicidad de las resoluciones judiciales que acuerden el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión (art. 40.4.II LC). Por otra parte, la administración concursal podrá revocar, total o parcialmente, esa autorización general, cuando considere que ello es lo más conveniente para los intereses del concurso. A esa revocación debe dársele la misma publicidad que al acto de su otorgamiento. La revocación se producirá automáticamente en todos los casos en que se produce un cambio del régimen de intervención al régimen de sustitución, ya sea porque así lo decide el juez del concurso (art. 40.4 LC), ya sea porque ese cambio está previsto legalmente (porque muere el concursado durante la tramitación del procedimiento –art. 182 LC-, o porque se declara la apertura de la liquidación –art. 145.1 LC-).

También existe una norma particular para el caso de suspensión en el supuesto de ejercicio por el concursado de una actividad profesional o empresarial. Se trata del art. 44.3 LC. Conforme a este precepto, “en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial”. La administración concursal dispone, por tanto, de una gran libertad para decidir cómo continuar la actividad empresarial. Puede decidir que será ella misma quien continúe esa actividad, o que la desarrollen delegados especialmente designados para esa labor, cuando la complejidad del concurso así lo aconseje (art. 32 LC).

No hay inconveniente en que decida incluso que sea el propio concursado el que continúe la actividad empresarial, si estima que ello es lo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43.1 LC). Adviértase que esta posibilidad no está vedada en el art. 43.3 LC (sí, en cambio, en el art. 40.2 LC). Y no sólo para la hipótesis de que el propio concursado ejerza personalmente una actividad profesional manual o intelectual (carpintero, médico, arquitecto, etc.), en cuyo caso no hay obstáculos que impidan que continúe con semejante actividad (más bien al contrario, la continuación de la misma puede ser lo más ventajoso para los intereses del concurso, en la medida en que los ingresos económicos obtenidos por esa actividad se integran en la masa activa del concurso, art. 76.1 LC). También en los demás casos puede la administración concursal permitir al concursado continuar ejerciendo la actividad profesional o empresarial que venía desempeñando; aunque si el ejercicio de esa actividad exige realizar algún acto de administración o disposición, no podrá llevarlo a cabo el concursado, sino que tendrá que hacerlo la administración concursal.

III. Tipos de concurso y limitaciones de las facultades patrimoniales.

A. Regla general: concurso voluntario/intervención y concurso necesario/suspensión.

Como se ha expuesto, la LC establece dos tipos de limitaciones a las facultades patrimoniales del concursado: la intervención y la suspensión. La elección de uno u otro régimen se hace depender, en principio, de la clase de concurso de que se trate. Así, en caso de concurso voluntario se decretará la intervención (art. 40.1 LC), mientras que en caso de concurso necesario el deudor quedará suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y de disposición de su patrimonio (art. 40.2 LC). El concurso tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes de declaración de concurso haya sido presentada por el propio deudor. En los demás casos el concurso se considerará necesario (art. 22.1 LC). El legislador ha optado por vincular el régimen de las limitaciones de las facultades patrimoniales con el tipo de concurso, prescindiendo de otros datos como el comportamiento del deudor, su situación patrimonial, etc. No quiere decirse con ello que estos factores sean irrelevantes, pues el juez podrá tomarlos en consideración para modificar el régimen que, en principio, corresponde conforme a los criterios del art. 40.1 y 2 LC. En cualquier caso, la vinculación del régimen de intervención al concurso voluntario tiene como fin principal incentivar al deudor para que solicite la declaración de concurso, y a que lo haga antes que sus acreedores (en cuyo caso el concurso sería necesario, y el régimen previsto el de la suspensión)⁸.

B. Excepciones.

La LC prevé, sin embargo, excepciones a la regla general establecida en el art. 40.1 y 2 LC. Así, se establece que el juez del concurso puede modificar la regla en virtud de la cual el concurso voluntario provoca la instauración de un régimen de intervención, en tanto que el concurso necesario da lugar a un régimen de suspensión. Esta alteración de la regla básica puede llevarla a cabo el juez, bien en el propio auto de declaración de concurso (art. 40.3 LC), bien en un momento posterior (art. 40.4 LC). Además, en determinados casos se establece como único régimen posible el de la suspensión, sin que sea posible decretar la intervención.

1. La primera posibilidad de modificar la regla general la tiene el juez en el mismo momento en que declara la situación de concurso. En el propio auto de declaración de concurso “el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener” (art. 40.3 LC). El auto que altere el régimen predispuesto deberá ser motivado. Deberá señalar los riesgos que se pretenden evitar y las ventajas que el sistema elegido presenta. Aunque no lo especifica la ley, es evidente que esos riesgos y ventajas han de ir referidos a los acreedores del concurso, pues son los intereses de éstos los que en primer lugar han de ser tomados en consideración (art. 43.1 LC). Eso no impide que el juez pueda tener en cuenta otros intereses (del propio

⁸ A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 787.

concurtido, de los trabajadores empleados por éste, etc.), siempre que con ello no perjudique los intereses de los acreedores.

El art. 40.3 LC constituye un importante mecanismo para flexibilizar las limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado. Es el juez, en última instancia, el que en función de las peculiaridades de cada caso, decidirá si es más apropiado el régimen de intervención o el de suspensión. Para eso habrá de valorar, entre otras circunstancias, las ventajas y desventajas de cada uno de estos regímenes, el comportamiento del concursado, la situación de desbalance patrimonial, la entidad del concurso, etc. El juez habrá de resolver caso a caso lo que estime más conveniente. Así, por ejemplo, parece razonable que, aunque se trate de un concurso voluntario, designe un régimen de suspensión cuando le conste que el deudor ha actuado con negligencia grave o ha cometido fraude. En cualquier caso, conviene señalar que del mismo modo que el juez puede elegir entre la intervención y la sustitución, podrá también combinar elementos de ambos regímenes (por ejemplo, estableciendo para un determinado tipo de actos el régimen de la sustitución, y para otros el de la suspensión)⁹. Ciertamente es que la LC no prevé expresamente esta posibilidad. Pero no existen obstáculos que impidan este modo de actuar, si se parte del amplio grado de flexibilidad que en este ámbito otorga el legislador al juez del concurso.

2. Es posible que el auto de declaración de concurso adopte el régimen predispuesto en el art. 40.1 y 2 LC (intervención para el caso de concurso voluntario, y suspensión para el caso de concurso necesario). Y que, sin embargo, en un momento posterior el juez estime más oportuno, por ser más favorable para los intereses del concurso, alterar el régimen establecido, pasando de la intervención a la suspensión, o viceversa. Esta posibilidad está admitida en el art. 40.4 LC. Según este precepto, “a solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio” (art. 40.4.I LC). Son varios los motivos que pueden hacer necesario el cambio de régimen: el comportamiento del deudor durante la tramitación del procedimiento, el descubrimiento de nuevos datos que aconsejan alterar ese régimen, etc.

La legitimación activa para solicitar la alteración de régimen, una vez dictado el auto de declaración de concurso, corresponde en exclusiva a la administración concursal. Únicamente ella puede pedir al juez el cambio de intervención a suspensión, o viceversa. Por lo tanto, no tienen legitimación ni los acreedores ni el deudor concursado. Tampoco puede hacerlo de oficio el juez. La decisión sobre si procede el cambio de régimen o no corresponde tomarla al juez del concurso. Evidentemente, el juez no está vinculado por la petición de la administración concursal, por lo que puede acoger o no la solicitud planteada por ésta. Lo que sí debe hacer, antes de adoptar una decisión, es oír al concursado. Esta audiencia se revela como un hecho importante, pues puede servir para que el juez conozca las razones que justifican el dudoso comportamiento del deudor, o simplemente para que éste exponga su opinión sobre el cambio de régimen. En todo caso, la decisión que adopte el juez estimando el cambio de régimen adoptará la forma de auto, al cual habrá de darse la misma publicidad, conforme a los arts. 23 y 24 LC, que se hubiera dado a la declaración de concurso (art. 40.4.II LC). Cabe plantearse si el juez puede modificar el régimen en términos distintos

⁹ A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 791.

a los solicitados por la administración concursal. La respuesta parece que ha de ser negativa, por lo que el juez podrá estimar o desestimar la petición formulada por ésta, pero no establecer cambios que no han sido solicitados.

3. En otros casos quiebra la regla general, e incluso se impide al juez el establecimiento del régimen de intervención. Así sucede en el caso de concurso de herencia. La LC prevé el concurso de la herencia mientras la misma no haya sido aceptada pura y simplemente (art. 1.2 LC). La regulación de este tipo de concurso se completa con los arts. 3.4, 40.5 y 182 LC, insuficientes a todas luces para regular adecuadamente esta figura tan problemática¹⁰. En lo que ahora nos concierne, el art. 40.5 LC impone necesariamente en caso de concurso de herencia el régimen de sustitución, al establecer que “corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación”. Por lo tanto, el juez no podrá modificar el régimen de suspensión, ni en el momento de la declaración de concurso, ni con posterioridad. Y ello con independencia de que declaración de concurso haya sido solicitada por los acreedores del deudor fallecido, por sus herederos o por el administrador de la herencia. Esta regulación se completa con el art. 182 LC, conforme al cual si el declarado en concurso fallece, el procedimiento concursal continuará su tramitación, aunque como concurso de la herencia, por lo que las facultades de administración y disposición sobre los bienes se ejercerán por la administración concursal. Por lo tanto, si el juez había decretado la intervención, tras la muerte del concursado el régimen pasa a ser de suspensión.

La razón para imponer el régimen de suspensión se funda en que ya no existen los motivos que normalmente concurren para decretar la intervención: ofrecer al deudor un incentivo para solicitar la declaración de concurso, y permitirle así seguir ejerciendo las facultades patrimoniales (eso sí, con autorización de la administración concursal). Sin embargo, se ha señalado que la imposición automática del régimen de suspensión es desacertada, y que hubiera sido más correcto vincular la sustitución a la declaración de concurso, dejando también aquí al juez la posibilidad de optar por la intervención, pues no cabe descartar que los herederos cuenten con experiencia y conocimientos que sean beneficiosos para los acreedores¹¹. Además, el régimen de la sustitución necesaria, propio de la suspensión, se adecua mal al concurso que recaiga sobre la herencia sometida a condición (arts. 790 y 801 a 804 CC) y sobre el fideicomisario (art. 781 CC)¹².

4. Existe una segunda hipótesis en la que el régimen legalmente establecido es el de la suspensión, sin que quepa acudir a la intervención. Se trata del caso en que se declara la apertura de la liquidación. Como señala el art. 145.1.I LC, “la situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la presente ley”. Como se sabe, convenio y liquidación son las dos posibles vías de conclusión del procedimiento concursal. La

¹⁰ Sobre el particular, v. J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, “El concurso de la herencia”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2004, nº 1, pp. 53 y ss.

¹¹ A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 794.

¹² R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al art. 40”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios...*, *cit.*, Vol. I, pp. 364.

liquidación es concebida por el legislador como una vía subsidiaria, en la medida que conduce a la liquidación del patrimonio del concursado con el fin de obtener dinero con el que pagar a los acreedores. Por eso, cuando se abre la fase de liquidación ya no tiene sentido mantener la opción entre suspensión e intervención. La intervención solo puede justificarse cuando se pretende llegar a un convenio, que permita al concursado conservar su patrimonio y reorganizar sus deudas. Si se decreta la intervención es porque se considera que para los intereses del concurso (de los acreedores) lo más adecuado es que sea el propio deudor concursado el que ejercite las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre sus bienes y derechos (con la autorización de la administración concursal). Si se abre la liquidación es porque las posibilidades de solucionar la situación concursal por la vía del convenio han desaparecido, ya sea porque no se ha llegado a aceptar o aprobar ninguno, ya sea porque el que se aprobó se ha rescindido por incumplimiento o se ha declarado nulo. En definitiva, si en la fase de liquidación se persigue la realización de los bienes y derechos integrantes de la masa activa para repartir el producto entre los acreedores, no tiene sentido que sea el propio deudor el que lleve a cabo la ejecución de su propio patrimonio.

La fase de liquidación comienza con el auto que decreta su apertura (arts. 142.2, 3 y 4, y 143.2 LC). Desde ese instante las facultades patrimoniales del concursado quedan sometidas al régimen de suspensión, aun cuando todavía no se haya llevado a cabo la publicidad del auto que declara la apertura de la fase de liquidación, en los términos del art. 144 LC. El régimen de suspensión se instaura en ese instante, y de manera automática. Se trata de un efecto legal, y no judicial, por lo que producirá sus efectos aunque el auto en cuestión no se refiera a esta cuestión. En verdad, la apertura de la fase de liquidación puede que no modifique en modo alguno las facultades patrimoniales del concursado. Así sucederá cuando el concursado estuviera ya suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición. La situación es diferente, evidentemente, si el concursado estaba sujeto a un régimen más favorable para él, como es el de la intervención, o si el juez había establecido un sistema mixto de intervención y suspensión (para unos y otros actos, respectivamente). En tal caso el auto que abre la fase de liquidación sí alterará las facultades patrimoniales del concursado, pasando de esos regímenes al de suspensión. En cualquier caso, el alcance de las facultades patrimoniales que puede ejercitar la administración concursal es más limitado en esta fase que tras la declaración de concurso, pues los administradores sólo pueden realizar los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso (art. 148.1.I LC). Por otra parte, no hay inconveniente alguno en que tras la apertura de la liquidación continúe el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del concursado; aunque corresponde a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de esa actividad (art. 44.3 LC).

El auto de apertura de la liquidación provoca la suspensión del ejercicio por el concursado de las facultades patrimoniales, siendo sustituido por los administradores concursales. Es posible, sin embargo, que en ese momento no existan ya administradores concursales, al haberse producido su cese como consecuencia de la aprobación de un convenio (art. 133.2.II LC). En este caso, el art. 145.1.II LC ordena la reposición en sus cargos de los anteriores administradores concursales o el nombramiento de otros nuevos.

IV. Contenido y ámbito objetivo de la limitación.

El contenido y ámbito objetivo de las limitaciones patrimoniales que sufre el concursado vienen determinados en el art. 40.6 LC. Según este precepto, “la intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal”. El párrafo segundo añade que “el deudor conservará la facultad de testar, sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia”.

Son varios los asuntos que precisan nuestra atención. En primer lugar, el contenido de las limitaciones, que abarcan los actos de administración y disposición. En segundo lugar, el objeto sobre el que recae estas limitaciones (ámbito objetivo de la limitación), que no es otro que los bienes y derechos que integran la masa activa del concurso. Es necesario, en tercer lugar, hacer una mención especial al concursado que sea persona casada, por referirse a esta hipótesis el art. 40.6 LC. Por último, y en cuarto lugar, hay que aludir a las demás facultades que conserva el deudor, y que no se ven afectadas por la declaración de concurso.

A. Actos de administración y de disposición.

Las limitaciones patrimoniales que sufre el deudor tras la declaración de concurso afectan únicamente a las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio. Se hace preciso, por tanto, indagar qué actos pueden considerarse como actos de administración, y cuáles como actos de disposición. Esta distinción se antoja fundamental, no sólo para distinguir estos actos de los demás (que podrán ser ejercitados por el concursado sin cortapisa alguna), sino también para poder diferenciar entre sí un acto de administración y un acto de disposición, pues el régimen jurídico de uno y otro son distintos (especialmente, porque para los actos de disposición se requiere la autorización del juez; art. 43.2 LC).

Conviene advertir que no resulta nada fácil determinar si un acto es de administración o de disposición. Para distinguirlos es necesario utilizar el criterio de la naturaleza jurídica del acto (es acto de disposición aquel que implica la transmisión, modificación o extinción de un bien o derecho; todos los demás son actos de administración), pero también habrá que tomar en consideración la finalidad de la actividad en la que el acto se integra (así, la venta de los frutos obtenidos de una cosecha es acto de administración, y no de disposición).

Conforme a lo expuesto, puede afirmarse que son actos de administración aquellos que tienen por finalidad la conservación y defensa de los bienes y derechos que integran el patrimonio, y los dirigidos a la explotación de los bienes, con el fin de obtener los rendimientos que se producen por su utilización conforme a su destino económico. Por el contrario, son actos de disposición todos los que exceden de la finalidad arriba indicada. Con carácter general, tienen la consideración de actos de disposición, con independencia de que en determinados casos puedan conceptuarse como actos de administración, todos aquellos actos y contratos mediante los cuales se constituye, transmite, grava, modifica o extingue un derecho subjetivo. Los actos de

disposición pueden agruparse en los siguientes tipos¹³. En primer lugar, los actos o negocios de enajenación o traslativos, que suponen una atribución patrimonial a otra persona (por ejemplo, compraventa, permuta, donación). En segundo lugar, los actos o negocios de disposición que no implican una atribución patrimonial a otro sujeto, mediante los cuales el titular de un derecho lo abandona o extingue (por ejemplo, la renuncia, la remisión o la condonación). En tercer lugar, los actos o negocios de constitución de derechos reales, ya se trate de derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, anticresis) o de derechos reales limitados (usufructo, servidumbre). Y en cuarto lugar, los actos o negocios que suponen la modificación o transformación de los derechos, ya sean derechos reales (por ejemplo, la segregación de una finca), ya sean derechos de crédito (por ejemplo, el aplazamiento del crédito, la novación subjetiva u objetiva, etc.).

De la redacción del art. 40.6 LC parece deducirse que las limitaciones de las facultades patrimoniales alcanzan no sólo a los bienes y derechos, sino también a las “obligaciones” que han de integrarse en el concurso. Por lo tanto, el concursado no podría obligarse, no podría contraer obligaciones, una vez declarado el concurso. Esta afirmación debe ser rechazada, o mejor dicho, matizada. En principio, la declaración de concurso no hace recaer sobre el concursado una prohibición general de obligarse. Por lo tanto, puede asumir obligaciones. Así se deduce además del art. 84.2.10º LC, que considera créditos contra la masa determinadas obligaciones asumidas por el concursado después de la declaración de concurso. Ahora bien, si el acto de asumir obligaciones puede ser considerado por sí mismo como un acto de administración o disposición, estará sometido al régimen de intervención o suspensión establecido.

En nuestro derecho, como es sabido, rige el principio del título y el modo, de manera que para transmitir el dominio u otro derecho real es necesario que el contrato vaya seguido de la tradición (art. 609 CC). Por lo tanto, la transmisión de la propiedad de un bien no se produce con la simple celebración del contrato (por ejemplo, de compraventa), sino que es necesaria la entrega del bien (modo). Partiendo de estas premisas, se ha sostenido por parte de la doctrina¹⁴ que el acto de disposición no sería la celebración del contrato, sino la entrega del bien. Por eso, no hay ningún obstáculo que impida al concursado celebrar el contrato, pues las limitaciones patrimoniales no afectan a este acto, sino al acto de entrega. Esto sería válido para la propiedad y para los demás derechos reales, pero no para los derechos personales o de crédito, pues la disposición de estos derechos se produce con la simple celebración del contrato, sin que sea necesario ningún acto de entrega (por ejemplo, venta de un crédito). Por eso, la venta de créditos está vedada al concursado, pues es un acto de disposición. En definitiva, según esta tesis doctrinal para valorar si el concursado puede o no contratar habrá que fijarse en el tipo de derecho al que se refiere el contrato, y determinar si la constitución de ese derecho o su transmisión requieren sólo la existencia del contrato o la entrega del bien (tradición). En el primer caso el concursado tiene vedada la celebración del contrato, rigiendo para ese acto el régimen de intervención o suspensión que se haya establecido, mientras que en el segundo caso podrá celebrar el contrato por sí solo, aplicándose las reglas de la intervención o suspensión al acto de entrega.

¹³ Se sigue la exposición realizada por A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 796.

¹⁴ Sobre el particular, en detalle, v. A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 797.

En mi opinión, esta interpretación no resulta convincente, y tiene mal encaje con la disciplina establecida en la Ley Concursal¹⁵. Tras la declaración de concurso, el deudor tiene suspendidas o intervenidas las facultades de disponer de su patrimonio. Y como acto de disposición hay que considerar también los contratos de eficacia meramente obligatoria, esto es, los contratos que precisan de algún requisito adicional (la entrega del bien) para que el efecto traslativo se produzca (compraventa, permuta, etc.). Varias son las razones que abogan por esta tesis. Por una parte, porque no tiene sentido que queden al margen de las competencias de los administradores concursales la realización (o autorización, en caso de intervención) de estos actos (contratos). Pues ello significaría que un buen número de contratos podría celebrarlos el deudor por sí solo. Por lo tanto, no sólo el acto de entrega del bien (tradición), sino el propio contrato podrá ser anulado en los términos del art. 40.7 LC. Conforme a la interpretación arriba expuesta, en tanto no haya tradición, no puede interponerse contra el contrato la “acción de anulación”. Pero del art. 40.7 LC no cabe deducir semejante conclusión; así, la administración concursal podrá impugnar (anular), por ejemplo, un contrato de compraventa celebrado por el concursado, con independencia de que haya habido o no entrega del bien al comprador.

Por otra parte, conviene advertir que cuando se alude a actos de administración y de disposición, el término “acto” debe ser interpretado en sentido amplio; comprende no sólo los actos de naturaleza negocial o contractual, sino cualquier tipo de acto que sea expresión de una actuación humana y que tenga trascendencia patrimonial para el deudor¹⁶.

También están sometidos al régimen de las limitaciones patrimoniales del art. 40 LC los pagos realizados por terceros (deudores) al concursado (acreedor). Por lo tanto, el deudor no puede por sí solo recibir un pago correspondiente a créditos integrados en la masa activa del concurso¹⁷. Si el pago se realiza sin la concurrencia de los administradores concursales, hay que preguntarse si el ese pago tiene o no eficacia liberatoria para el *solvens*. La Ley Concursal no aborda esta cuestión expresamente en relación con los procesos concursales nacionales, pero sí cuando hay un elemento de extranjería. Así, se establece que el pago hecho al concursado en el extranjero por un deudor con residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero liberará a quien lo hizo ignorando la apertura del concurso en España (art. 216.1 LC), y el art. 225.1 LC contiene una norma equivalente para los pagos hechos en España a un deudor sometido a un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado. La aplicación de esta norma a los procesos concursales nacionales llevaría consigo atender únicamente al criterio de la buena fe del *solvens*: quedará liberado si paga de buena fe, esto es, ignorando que el concursado ha sido declarado en concurso. Parte de la doctrina ha acogido esta tesis¹⁸. Sin embargo, parece más adecuado entender que, en ausencia de normativa específica

¹⁵ A refutar esta tesis dedica A. DÍAZ MORENO varias páginas, en “La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons/Unicaja/Cajasur, 2005, pp. 1851 y ss.

¹⁶ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 358.

¹⁷ Sí podrá recibir los pagos de bienes que no se integran en la masa (por ejemplo, el salario en la cuantía inembargable).

¹⁸ A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 801; A. DÍAZ MORENO, “La ineficacia...”, *cit.*, pp. 1857.

en la LC, hay que aplicar el régimen previsto en el Código Civil, y que el mismo no sólo toma en consideración la buena fe del *solvens* (art. 1164 CC), sino también la capacidad del acreedor (concurrido) para recibir el pago (art. 1163 CC). En consecuencia, el deudor se libera cuando paga al concursado de buena fe, y ese pago se ha realizado en utilidad de los acreedores, esto es, se ha integrado en la masa activa¹⁹.

B. Bienes y derechos de la masa activa.

a. Delimitación positiva.

La limitación en el ejercicio de las facultades patrimoniales recae sobre los “bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso” (art. 40.6 LC). Puede advertirse que el ámbito objetivo de la limitación tiene un alcance distinto en los apartados 1 y 2, donde se alude a las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del concursado. Esta aparente contradicción debe solventarse dando preferencia a la redacción del art. 40.6, entendiendo que el art. 40.1 y 2 LC contiene una referencia “genérica” que es después desarrollada en el art. 40.6 LC. En consecuencia, la intervención y la suspensión no afectan a todos los bienes integrantes del patrimonio del concursado, sino sólo a los que integran la masa activa o hayan de integrarse en el concurso.

La limitación afecta únicamente a los bienes que integran la masa activa del concurso. Según el art. 76.1 LC, “constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento”. Se trata, en primer lugar, de los bienes y derechos de que sea titular el concursado a la fecha de declaración de concurso. También forman parte de la masa activa los bienes litigiosos (bienes o derechos sobre cuya titularidad o disponibilidad exista promovida cuestión litigiosa), pues el art. 150 LC permite que sean enajenados con tal carácter en la fase de liquidación, quedando el adquirente a resultas del litigio. Igualmente se integran en la masa los bienes adquiridos por el concursado cuando los contratos de adquisición estén pendientes de cumplimiento (arts. 61 y 62 LC), y los bienes adquiridos mediante contratos de adquisición con precio aplazado que han sido rehabilitados al amparo del art. 69 LC.

Por otra parte, el art. 76.1 LC se refiere a los bienes que se *reintegren* al patrimonio del concurso. Se trata de aquellos bienes que antes de la declaración de concurso han salido indebidamente del patrimonio del deudor, razón por la cual la administración concursal está legitimada, en los términos de los arts. 71 y ss. LC, a ejercitar las acciones oportunas (acciones rescisorias y demás acciones de impugnación) para que esos bienes vuelvan al patrimonio del concursado. Por último, integran la masa activa del concurso los bienes y derechos que el concursado adquiere después de la declaración de concurso y antes de la conclusión del procedimiento concursal (art. 76.1 LC). Esos bienes pueden ser adquiridos tanto a título gratuito (donación, testamento) como a título oneroso. Aunque para que esos actos de adquisición sean considerados

¹⁹ J. R. GARCÍA VICENTE, “La anulación de los actos del concursado que infringe las limitaciones patrimoniales que pesan sobre él”, en *Nulidad. Nulidad de los actos jurídicos*, doc. Nº 132 (<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=132>), pp. 7.

válidos habrá que tener en cuenta si el concursado está sometido a un régimen de intervención o de suspensión, siendo necesario en estos supuestos la autorización de los administradores concursales o la realización del acto por ellos mismos, respectivamente.

b. Delimitación negativa.

No todos los bienes y derechos que se encuentran en el patrimonio del deudor se integran en la masa activa del concurso. El art. 76.2 LC establece que no forman parte de la masa los bienes inembargables. Pero no son éstos los únicos bienes que quedan al margen de la ejecución concursal, como más adelante se explicará.

Comencemos con el análisis del art. 76.2 LC. Según este precepto, no se integran en la masa activa, y en consecuencia no sufren ningún tipo de limitaciones patrimoniales, “los bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables” (art. 76.2 LC). Se trata de unos bienes que están excluidos del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, por lo que los acreedores de este no pueden instar la ejecución sobre ellos. Son inembargables los bienes enumerados en los arts. 605, 605 y 607 LEC, aunque no se trata de un elenco cerrado, pues se admite que un bien puede ser declarado inembargable por otra disposición legal (art. 605.4º LEC)²⁰. De estos preceptos se infiere que el carácter inembargable deriva unas veces de la propia naturaleza del bien, que no es susceptible de embargo y enajenación; otras de la ausencia de contenido patrimonial; y otras por razones humanitarias o de índole social, en el sentido de que hay que mantener al deudor con un mínimo de bienes y dinero imprescindible para su subsistencia y la de su familia.

La redacción del art. 76.2 LC es confusa, y susceptible de crítica por dos razones. Por una parte, el precepto señala que no forman parte de la masa activa los bienes y derechos inembargables “aun teniendo carácter patrimonial”. La expresión entrecomillada es superflua, pues lo relevante es que el bien sea inembargable, con independencia de que tenga o no carácter patrimonial. Por otra parte, la referencia a que los bienes sean “legalmente” inembargables genera dudas interpretativas. Como es sabido, los arts. 605 y 606 LEC contienen una enumeración de bienes inembargables, distinguiendo entre los bienes *absolutamente* inembargables (art. 605 LEC) y los bienes inembargables del *ejecutado* (art. 606 LEC). Parece claro que los bienes citados en el art. 605 LEC no forman parte de la masa activa del concurso. Más dudas plantean los supuestos comprendidos en el art. 606 LEC (en particular, el contenido en su nº 2: bienes e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada), y el establecido en el art. 607 LEC (salario o sueldo que no exceda de la cuantía del salario mínimo interprofesional)²¹.

²⁰ Así, por ejemplo, en caso de concurso de un sindicato, son inembargables las cuotas sindicales (art. 5.3 de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical); y en caso de concurso de una sociedad cooperativa, son inembargables los fondos de educación y promoción (art. 56.5 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas).

²¹ Se ha señalado que no tiene sentido excluir de la masa activa determinadas cantidades del sueldo del concursado, para que éste tenga asegurada una mínima subsistencia, si la propia LC ya prevé la posibilidad de fijar una cantidad en concepto de alimentos a favor del concursado, que se detrae de la

Además de los bienes inembargables, tampoco se integran en la masa activa los bienes y derechos carentes de patrimonialidad funcional²². Se trata de todos aquellos bienes y derechos que tienen en común el hecho de estar especialmente vinculados con la voluntad del deudor. Unos tienen valor económico y otros no. Pero el dato relevante es que prima el aspecto personal sobre el patrimonial. Por eso, tienen un carácter extraconcursal, quedando al margen de la ejecución colectiva que provoca el procedimiento concursal. En todo caso, conviene advertir que su extraconcursalidad sólo se predica de estos bienes y derechos cuando, considerados en abstracto, carecen de valor patrimonial, aunque bajo determinadas circunstancias puedan tener un valor importante.

Los bienes que carecen de patrimonialidad funcional para el concurso son, en primer lugar, las acciones y derechos derivados del derecho de familia: el ejercicio de la patria potestad, las acciones de separación, divorcio o nulidad matrimonial, las acciones de reconocimiento de paternidad o de filiación, los alimentos, etc.²³. También están excluidos, por su propia naturaleza, los actos y los derechos personalísimos del concursado²⁴. E igualmente quedan fuera los derechos de la personalidad (vida, integridad física y psíquica, libertad, honor, intimidad, propia imagen, etc.). En principio estos derechos quedan fuera de la masa activa, si bien es cierto que si hay una intromisión ilegítima de un tercero en estos derechos, que provoca el nacimiento de una obligación de indemnizar a favor del concursado, esa indemnización (y el derecho a solicitarla) ingresará en la masa activa. Lo mismo sucede cuando se produce la comercialización de los derechos de la personalidad. El concursado es el único que puede decidir si estos derechos se comercializan o no. Pero si decide enajenarlos y recibe como contraprestación una cantidad económica, ésta ingresará en la masa activa.

Igualmente quedan excluidos de la masa activa los buques y las aeronaves pertenecientes al concursado cuando los titulares de créditos con privilegio sobre dichos bienes los separen de aquélla mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en la legislación específica (art. 76.3 LC). Por último, quedan fuera de la masa activa los bienes inalienables, y los derechos del concursado de carácter político, administrativo o corporativo.

C. El concurso de la persona casada.

Según el art. 40.6 LC, la intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derecho y obligaciones que, en su caso, correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal. Por lo tanto, el deudor concursado que esté casado queda sometido al régimen de intervención o suspensión en los términos previstos en la normativa concursal. En este sentido, el art. 40.6 LC es una simple norma de remisión. La remisión debe entenderse efectuada al art.

masa activa –art. 47.1 LC- (P. ALVAREZ OLALLA, “Comentario al art. 76”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios...*, cit., Vol. I, pp. 919 y 920.

²² Se utiliza la terminología acuñada por I. TIRADO, “Comentario al art. 76”, en A. ROJO/E. BELTRÁN (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2004, pp. 1386.

²³ I. TIRADO, “Comentario al art. 76”, cit., pp. 1386.

²⁴ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al art. 40”, cit., pp. 359.

77 LC, precepto que regula qué bienes y derechos se integran en la masa activa en el supuesto de concurso de persona casada.

No existen problemas en relación con los bienes propios o privativos del cónyuge concursado. Estos bienes y derechos se integran en la masa activa del concurso (art. 77.1 LC), y quedan sometidos al régimen de intervención o suspensión establecido. Y ello con independencia del régimen económico que rija ese matrimonio (pactado, de separación de bienes, de participación, de gananciales o de comunidad de bienes).

Las dificultades se plantean en relación con los bienes gananciales o comunes que existan cuando el régimen económico del matrimonio sea el de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes. El criterio adoptado por la Ley Concursal es el siguiente: se incluirán en la masa activa los bienes gananciales o comunes “cuando deban responder de obligaciones del concursado” (art. 77.2 LC). Se hace preciso distinguir dos situaciones.

1. En primer lugar, los bienes gananciales que responden de manera directa y definitiva de las deudas del concursado. Si el concursado no es un comerciante, responden los bienes gananciales: a) cuando se trate de deudas contraídas por el concursado en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio (art. 1365.2º CC), y b) cuando se trate de deudas que derivan de la administración ordinaria de los bienes privativos (art. 1362.3º CC). Si el concursado es un comerciante habrá de estarse a lo dispuesto en el Código de Comercio. Así, integran la masa activa del concurso los bienes gananciales o de la comunidad matrimonial adquiridos de la resulta del comercio (art. 6 CCom). Los demás bienes gananciales se integrarán en la masa activa si existe el consentimiento de ambos cónyuges (art. 6 CCom), pero se presume otorgado dicho consentimiento siempre que se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge no comerciante (art. 7 CCom) o cuando al contraer matrimonio se encontrase uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuase sin oposición (art. 8 CCom).

2. En segundo lugar, están los bienes gananciales que responden de manera subsidiaria. Son todos los demás bienes gananciales, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1373 CC. Según este precepto, si se acredita que el cónyuge deudor no tiene bienes privativos suficientes para responder de sus deudas, responderán los bienes gananciales. Ahora bien, ante la petición de los acreedores de que se incluyan en la masa activa los bienes gananciales, el cónyuge del concursado podrá solicitar la disolución de la sociedad o comunidad conyugal (art. 77.2 LC), con la consecuencia de que únicamente se incluirán en la masa los bienes que, como efecto de la liquidación, pasen a ser privativos del cónyuge concursado.

En cuanto a los bienes privativos del cónyuge no concursado, la regla general es que esos bienes no responden nunca de las deudas del concursado, por lo que no se integran en la masa activa. Con una única excepción: si el concursado es comerciante, los bienes privativos de su cónyuge responderán de sus deudas (y se integrarán en la masa activa) si ese cónyuge (el no comerciante) consintió de forma expresa esa posibilidad (art. 9 CCom).

D. Facultades que conserva el concursado.

Quedan sometidas al régimen de intervención o suspensión las facultades de administración y de disposición del concursado sobre su patrimonio. Por tanto, la limitación sólo afecta a los actos de naturaleza patrimonial que recaen sobre bienes y derechos de la masa activa. En consecuencia, el concursado conserva cualquier otra facultad, y podrá ejercitarla por sí solo. Así, por ejemplo, puede realizar eficazmente los actos o negocios propios del derecho de familia (matrimonio, adopción, etc.). También podrá administrar bienes ajenos (salvo que sea inhabilitado, art. 172.2.2º LC), o representar a cualquier persona²⁵. El legislador se refiere expresamente a la facultad de testar. En este sentido, dispone el art. 40.6.II LC que “el deudor conserva la facultad de testar, sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia”.

Podría pensarse que con este precepto el legislador establece una excepción a la regla general: aunque el concursado no puede (o no por sí solo) realizar actos de disposición, sí podrá otorgar testamento, a pesar de ser este también un acto de disposición (quizás peculiar, porque la disposición no tiene lugar hasta la muerte del causante). Sin embargo, no creo que esa sea la interpretación adecuada. El concursado podría otorgar testamento aunque no existiera en la Ley Concursal un precepto como el art. 40.6.II (así se deduce del art. 663 CC). En mi opinión, la razón de ser de este precepto es otra. La norma pretende recordar que el testamento del concursado no es obstáculo para la aplicación del art. 182 LC en caso de que el concursado fallezca durante la tramitación del procedimiento concursal²⁶. En efecto, el concursado podrá otorgar testamento, pues tiene capacidad para ello. Ahora bien, si fallece durante la tramitación del concurso, éste se tramitará como concurso de la herencia, lo que significa que el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto corresponderá a la administración concursal (art. 182.1 LC).

V. La duración de las limitaciones patrimoniales.

A. Comienzo de las limitaciones.

a. Regla general.

El art. 40 LC es el primer precepto del Título III de la Ley, que lleva por rúbrica “De los efectos de la declaración de concurso”. Por lo tanto, las limitaciones patrimoniales del concursado se producen con la declaración de concurso. La declaración de concurso tiene lugar con el auto que lo declara. Por tanto, desde ese instante entran en juego las limitaciones patrimoniales del concursado. Así se deduce del art. 21.2 LC, según el cual el auto produce sus efectos “de inmediato”. Se exceptiona el caso de que el auto de declaración del concurso haya sido recurrido en apelación, y en contra de lo que es la regla general, el juez haya acordado que este recurso tenga efecto suspensivo (art. 20.2 LC). En tal caso no puede considerarse que la declaración de concurso produzca sus efectos, aunque si posteriormente la Audiencia Provincial que resuelve el recurso de apelación confirma el auto de declaración, el concurso debe entenderse declarado desde el mismo día en que se dictó el auto. El auto de declaración de concurso puede ser dictado en cualquiera de los momentos previstos

²⁵ A. DÍAZ MORENO, “La ineficacia...”, *cit.*, pp. 1851.

²⁶ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 363.

en los arts. 14 (provisión sobre la solicitud del propio deudor de concurso voluntario), 18 (allanamiento del deudor en caso de concurso necesario), 19 (incomparecencia del deudor a la vista de oposición a la declaración del concurso), y 20 (resolución del juez tras la celebración de la vista) de la Ley Concursal.

Los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del concursado son uno de los contenidos que necesariamente ha de tener el auto de declaración de concurso (art. 21.1.2º LC). Eso no significa, sin embargo, que sea el auto judicial el que provoca la limitación de las facultades patrimoniales. La limitación la provoca la propia Ley Concursal en su art. 40, pues la ley no deja a voluntad del juez el limitar o no las facultades patrimoniales del concursado. Se trata, por tanto, de un efecto legal, y no judicial. Lo que sí puede hacer el juez, y con gran amplitud, es fijar el régimen de limitación –intervención o suspensión– que más convenga (40.3 LC), e incluso modificar el régimen fijado durante la tramitación del procedimiento concursal, si lo estima conveniente y lo solicita la administración concursal (art. 40.4 LC). Que la restricción de las facultades patrimoniales del concursado es un efecto legal se infiere también del hecho de que los efectos se producirán aunque el auto de declaración de concurso no los mencione (a pesar de ser obligatoria según el art. 21.1.2º LC).

Una vez declarado el concurso, la intervención o la suspensión de las facultades patrimoniales del concursado se inscribirán en el Registro Civil (art. 24.1 LC). De este modo se persigue proteger los intereses legítimos de los que reciben la información registral. Para ello el juez promoverá la inscripción, remitiendo al encargado del Registro Civil testimonio del auto de declaración de concurso, para que éste haga constar en el Registro los datos mencionados (declaración de concurso, intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del concursado, y nombramiento de los administradores concursales). Si el deudor es un sujeto inscribible en el Registro Mercantil, se inscribirán también en el mismo las mismas circunstancias mencionadas anteriormente (art. 24.2 LC). Si el sujeto concursado no está inscrito en este Registro, por ser la inscripción potestativa (lo que sucede con el empresario individual que no sea naviero y con las sociedades civiles cualquiera que sea su objeto; art. 19 CCom), se procederá a inscribirlo (arts. 24.2 LC y 322 RRM), y seguidamente se inscribirán las circunstancias específicas de este género de publicidad, conforme disponen los arts. 320 y 321 RRM (en la redacción dada a estos preceptos por el RD 685/2005, de 10 de julio).

Cabe plantearse si las limitaciones patrimoniales entran en juego con el auto de declaración de concurso o sólo cuando estas circunstancias se hayan publicado, bien mediante la publicidad obligatoria prevista en el art. 23 LC, bien mediante la publicidad registral del art. 24 LC. Hay que mantener la postura ya manifestada, en el sentido de que los efectos de la declaración de concurso se producen desde la fecha del auto que lo declara, con independencia de que la publicidad del mismo tenga lugar en un momento posterior.

b. Excepciones.

La regla general es que las limitaciones patrimoniales del concursado comienzan con el auto de declaración de concurso. Existen, sin embargo, dos excepciones. En primer lugar, es posible que antes de la declaración de concurso se hayan adoptado determinadas medidas cautelares que limiten el ejercicio de las facultades patrimoniales

del concursado. En segundo lugar, se admite legalmente que el concursado pueda continuar provisionalmente el ejercicio de su actividad empresarial o profesional hasta la aceptación de los administradores concursales (art. 44.2.II LC). Analicemos cada una de estas excepciones por separado.

1. Antes de la declaración de concurso, el juez puede adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo previsto en la LEC (art. 17.1 LC)²⁷. La dicción del art. 226.2.3º LC, establecido en sede de procedimientos de insolvencia internacionales, es más claro, pues incluye expresamente entre las posibles medidas cautelares la de “suspender el ejercicio de las facultades de disposición, enajenación y gravamen de bienes y derechos del deudor”.

Las medidas cautelares sólo pueden adoptarse en caso de concurso necesario, y a petición del legitimado para instar el concurso necesario. No pueden adoptarse de oficio por el juez. Aunque la ley no lo establece expresamente, la petición de la adopción de las medidas cautelares se formularán en el escrito de solicitud de la declaración de concurso. El juez deberá resolver sobre las mismas al admitir a trámite la solicitud. Además, el juez podrá pedir al solicitante que preste fianza para responder de los eventuales daños y perjuicios que las medidas cautelares pudieran producir al deudor si la solicitud de declaración de concurso resultara finalmente desestimada (art. 17.2 LC). En los demás aspectos el art. 17.1 LC se remite a la LEC. Por lo tanto, ha de entenderse que rige en toda su extensión el procedimiento para la adopción de medidas cautelares de la LEC (arts. 730 a 742 LEC). En cuanto al contenido de las medidas cautelares, podrán adoptarse las previstas en la LEC (arts. 726, 727 y 735.2 LEC), aunque con el límite establecido en el art. 17.1 LC: sólo pueden decretarse las necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor.

La posibilidad de adoptar estas medidas cautelares no significa que la declaración de concurso tenga efectos retroactivos. Las limitaciones patrimoniales del concursado establecidas en el art. 40 LC sólo tienen efectos futuros, desde la fecha del auto de declaración de concurso. Lo que no impide, lógicamente, que puedan adoptarse medidas cautelares en los términos previstos en el art. 17 LC²⁸.

VER: incumplimiento de las medidas cautelares por el concursado; ¿se aplica las sanciones del art. 40.7 LC?

2. La segunda excepción está regulada en el art. 44.2.II LC. Este precepto establece que en caso de intervención, “y sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso, hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado”.

²⁷ Sobre el particular, en detalle, v. C. MÉRIDA ABRIL, “Las medidas cautelares previas a la declaración de concurso en la nueva legislación concursal”, *Cuadernos de derecho judicial*, 2004, nº 18, pp. 137 y ss.

²⁸ Sobre las consecuencias que provoca el incumplimiento por el concursado de estas medidas cautelares, y en particular sobre si procede la aplicación del régimen de ineficacia del art. 40.7 LC, v. el epígrafe VII.F.

El precepto parte de la hipótesis de que al momento de la declaración de concurso el deudor está ejerciendo una actividad empresarial o profesional, actividad que no se interrumpirá por la declaración de concurso (art. 44.1 LC). En caso de intervención, el concursado podrá realizar actos de administración o disposición, pero precisará la autorización o conformidad de la administración concursal. Aunque con el fin de no ralentizar el ejercicio de la actividad empresarial, la administración concursal puede conceder una autorización general para que el concursado lleve a cabo determinadas operaciones o actos propios de su giro o tráfico (art. 44.2.I LC). Sea como fuere, lo cierto es que en caso de intervención el concursado precisa la autorización (individual o general) para poder realizar actos de administración o disposición. Es posible, sin embargo, que aunque ya se haya declarado el concurso no existan todavía administradores concursales, lo que provocaría una paralización de la actividad empresarial del concursado. Si bien la regla general es que el auto de declaración de concurso debe ya contener el nombramiento de los administradores concursales (art. 20.1.2º LC), lo cierto es que cabe la posibilidad de que exista un lapso de tiempo entre la declaración de concurso y su nombramiento (mayor o menor en función de que el nombrado acepte el cargo). Y durante ese período de tiempo la actividad empresarial o profesional no podría desarrollarse, al no existir los sujetos que deben autorizar los actos de administración o disposición. Esta es precisamente la finalidad del art. 44.2.II LC: evitar que en ese ínterin la actividad empresarial se paralice por inexistencia de administradores concursales. Por eso se permite al deudor concursado realizar determinados actos, en concreto todos aquellos que sean necesarios para la continuación de la actividad empresarial.

La aplicación de la norma exige la concurrencia de dos presupuestos. En primer lugar, el régimen dispuesto se aplica desde el momento de la declaración de concurso hasta la aceptación de los administradores concursales. Opera para el nombramiento de los primeros administradores concursales, pero también para el caso de que con posterioridad se produzca la recusación o la separación de los administradores y haya que nombrar a otros; también en ese ínterin entrará en juego el art. 44.2.II LC. En segundo lugar, sólo se aplica para la hipótesis de intervención del concursado. Así se establece expresamente en la ley, pues la regulación de las medidas para evitar la interrupción de la actividad del concursado se contiene en el art. 44.2 LC, apartado que disciplina el régimen de la intervención. ¿Qué sucede en caso de suspensión? Ante el silencio de la ley, caben dos interpretaciones: entender que se aplica analógicamente lo establecido para el caso de intervención²⁹, pudiendo en consecuencia el concursado realizar los actos propios de su giro o tráfico imprescindibles para la continuación de la actividad empresarial; o entender, por el contrario, que el concursado no puede actuar³⁰. Esta segunda tesis es la que debe acogerse, porque no cabe aplicar analógicamente una excepción (prevista para el caso de intervención) a un supuesto distinto del legalmente establecido (suspensión), y porque está plenamente justificado este desigual tratamiento jurídico, en la medida en que la suspensión es una situación más grave que la intervención. Para el caso de suspensión, lo que sí puede hacer el juez es establecer en el

²⁹ Así, F. CURIEL LORENTE, "Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal", *RCDI*, 2003, nº 679, pp. 2714; A. MARTÍNEZ FLÓREZ, "Comentario al art. 44", *cit.*, pp. 918.

³⁰ M. A. ZURILLA CARIÑANA, "Comentario al art. 44", en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios...*, *cit.*, Vol. I, pp. 386; A. PAU PADRÓN, *Las limitaciones patrimoniales del concursado*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, 2004, pp. 39.

auto de declaración de concurso las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 20.1.4º LC).

En caso de intervención, y hasta la aceptación de los administradores concursales, el concursado podrá realizar por sí solo determinados actos. Pero esta actuación está sometida a cuatro límites. En primer lugar, sólo puede llevar a cabo los “actos propios de su giro o tráfico”. Los actos propios son los actos corrientes de esa actividad profesional o empresarial, esto es, los actos cuya repetición supone de suyo ejercicio de la actividad de que se trate. En segundo lugar, ha de tratarse de “actos que sean imprescindibles para la continuación de su actividad”. Esto es, de actos sin los cuales la actividad empresarial se interrumpiría. En tercer lugar, los actos han de ajustarse “a las condiciones normales del mercado”. La cuestión está en determinar cuáles son las condiciones “normales” del mercado, esto es, cuál es el mercado relevante al que ha de ajustarse el acto del concursado. Es claro que son condiciones normales del mercado aquellas en las que habitualmente (normalmente) se realizan dichos actos con cualquier sujeto (solvente). El problema es que el concursado es un sujeto que está en una difícil situación económica, razón por la cual la persona que contrate con él puede exigir mayores garantías o determinadas prácticas contractuales no habituales en un contrato con contratantes solventes pero sí usuales cuando el contratante es insolvente. Hay que dilucidar si ese concreto mercado (el mercado del insolvente) puede considerarse mercado relevante y puede servir, en consecuencia, para determinar las condiciones “normales” del mercado. Aunque la respuesta no es fácil, parece más adecuada la contestación positiva, entendiendo, por tanto, que condiciones normales del mercado son también las condiciones en que se realiza habitualmente el acto de que se trate con sujetos que se encuentran en la misma o parecida situación económica que el deudor concursado³¹. Existe un cuarto límite: el concursado sólo puede realizar los actos que no se opongan a las medidas cautelares adoptadas por el juez al declarar el concurso. Como ya se ha indicado, el juez en el auto de declaración de concurso puede establecer las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 20.1.4º LC). Puede, por ejemplo, decretar que un acto o un determinado grupo de actos sólo puede llevarlos a cabo el concursado con autorización judicial (aunque sean imprescindibles para la continuación de la actividad empresarial); o puede incluso prohibir la realización de todos los actos propios de su giro o tráfico, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el art. 44.2.II LC.

c. Reanudación de las limitaciones.

Es posible que durante la tramitación del procedimiento concursal cesen las limitaciones a que el concursado está sometido para el ejercicio de las facultades patrimoniales, y que, sin embargo, en un momento posterior las limitaciones se establezcan de nuevo. Me refiero a la hipótesis en que se alcanza un convenio que es aprobado por sentencia judicial, convenio que trae consigo el cese de los todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC), entre ellos, el cese de las limitaciones patrimoniales del concursado establecidas en el art. 40 LC. Es cierto que el

³¹ A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 44”, *cit.*, pp. 015.

art. 137.1 LC permite el establecimiento en el convenio de medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del concursado; esto es, permite la fijación de limitaciones convencionales. Pero también lo es que esas medidas convencionales no son un contenido necesario del convenio, por lo que es posible que el convenio no contenga limitación alguna al ejercicio de facultades patrimoniales por el concursado. En tal caso, el concursado recupera la plenitud del ejercicio de esas facultades. Ahora bien, si con posterioridad se abre la fase de liquidación (por ejemplo, porque el deudor pide la liquidación al conocer la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio –art. 142.3 LC-; o porque se declara por resolución judicial firme la nulidad del convenio –art. 143.1.4º LC- o su incumplimiento –art. 143.1.5º LC-), esto lleva aparejado la suspensión del deudor en el ejercicio de las facultades de administración y disposición de los bienes integrantes de la masa activa (art. 145.1 LC). En consecuencia, se produce una reanudación de las limitaciones patrimoniales, pues el concursado, que tras la aprobación del convenio no estaba sometido a restricción alguna, vuelve a verse limitado, ya que la ley impone el régimen de la suspensión.

B. Terminación de las limitaciones.

a. La aprobación del convenio.

Son dos las soluciones del concurso: el convenio y la liquidación. Pues bien, las limitaciones patrimoniales establecidas en el art. 40 LC terminan con la aprobación del convenio. Conforme al art. 133.2 LC, “desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso”. Entre estos efectos están, sin duda, las limitaciones patrimoniales del art. 40 LC. Por lo tanto, el límite temporal de aplicación del precepto citado es el de la eficacia del convenio. Éste adquirirá eficacia en la fecha de la sentencia de aprobación del convenio, salvo que recurrida quede afectada por las consecuencias del acuerdo de suspensión que puede adoptar el juez (arts. 133.1 y 197.5 LC). En consecuencia, desde la aprobación judicial del convenio el concursado recupera sus facultades patrimoniales.

Sin embargo, el art. 133.2 LC, después de indicar que con el convenio cesan los efectos de la declaración de concurso (se refiere, evidentemente, a los efectos legales y judiciales), añade que quedarán “sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio”. Y en esta línea, se establece que “el convenio podrá establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor” (art. 137.1 LC). Se trataría, en tal caso, de limitaciones convencionales, y no legales (como las del art. 40 LC); el convenio podrá, potestativamente (no es obligatorio), establecer medidas contractuales que limiten o restrinjan el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado. La justificación de estas posibles limitaciones es clara: impedir que el concursado pueda administrar o disponer de su patrimonio de tal modo que perjudique los intereses de los acreedores. Pero, como se ha indicado, es el convenio el que debe fijar las limitaciones en el ejercicio de las facultades patrimoniales. Si el convenio nada establece, el concursado recuperará con plenitud el ejercicio de esas facultades patrimoniales. En cuanto al contenido de las limitaciones o prohibiciones aprobadas en convenio, el art. 137.1 LC guarda silencio. Por tanto, pueden tener un alcance muy variado, que no se hace

dependen ya del carácter voluntario o necesario del concurso. Como con la aprobación del convenio cesan en su cargo los administradores concursales (art. 133.2.II LC), es necesario designar qué sujetos, en su caso, van a ejercer las facultades de administración o disposición del patrimonio del concursado o van a controlar su ejercicio. Esta labor la llevarán a cabo las personas que se indiquen en el propio convenio, a las que se atribuya expresamente esta función. Estas personas podrán ser todos o algunos de los que hasta la fecha eran administradores concursales.

Adviértase que el régimen de contravención de las limitaciones convencionales se separa considerablemente del establecido en el art. 40.7 LC para las limitaciones legales. En efecto, su infracción se considerará un incumplimiento del convenio, cuya declaración podrá ser solicitada del juez por cualquier acreedor (arts. 137.1 y 140 LC). La declaración de incumplimiento del convenio provocará la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143.1.5º y 143.2.II LC). Esto conlleva la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administración y disposición de los bienes integrantes de la masa activa (art. 145.1 LC), y podrá conducir a la calificación del concurso como culpable (art. 164.2.3º LC), con las consecuencias que de ellos se derivan (art. 172 LC), en la medida en que la infracción de las medidas prohibitivas y limitativas sea imputable al propio concursado. Además, podrán ejercitarse las acciones de reintegración del art. 137.2 LC³².

Las limitaciones o prohibiciones convencionales tienen vigencia: i) hasta la firmeza del auto que declare el cumplimiento del convenio y, en su caso, hasta que transcurra el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o hasta que sean rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieran ejercitado, momento en el que procederá la conclusión del concurso (art. 141 y 176.1.2º LC), pues con la conclusión cesan las limitaciones de las facultades de administración y de disposición subsistentes (art. 178.1 LC); o ii) hasta que se produzca la apertura de la fase de liquidación, que determina necesariamente la suspensión en el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado (art. 145.1 LC).

b. La conclusión del concurso.

Las limitaciones del concursado al ejercicio de las facultades patrimoniales terminan con la conclusión del concurso. Así se establece en el art. 178.1 LC: “en todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes”. Como señala el precepto, esa cesación se produce “en todos los casos” de conclusión de concurso. Según el art. 176 LC, son causas de conclusión del concurso las siguientes: i) la revocación de la declaración judicial de concurso, que se produce con la firmeza de la resolución de la Audiencia Provincial que revoca en apelación el auto de declaración de concurso; ii) cuando deviene firme el auto que declara el cumplimiento del convenio o han caducado o se han rechazado por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento; iii) el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio; iv) la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los

³² Sobre el incumplimiento de las limitaciones convencionales, en detalle, v. el epígrafe VII.F.

acreedores; y v) el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos, aceptada por resolución judicial firme.

En cualquiera de estas hipótesis cesan las limitaciones patrimoniales del concursado. Esta afirmación, sin embargo, debe matizarse en el supuesto de que el concurso concluya por cumplimiento del convenio. Si el convenio establece limitaciones al concursado para el ejercicio de las facultades de administración y disposición (como que puede hacer, según el art. 137.1 LC), la conclusión del concurso tendrá como efecto la terminación de esas limitaciones; cesarán las limitaciones “subsistentes”, sean de origen convencional –como es el caso- o de origen legal. Ahora bien, si el convenio no introduce ninguna limitación al ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado, no puede decirse con rigor que la conclusión del concurso por cumplimiento del convenio provoque la cesación de las limitaciones patrimoniales del concursado, pues esas limitaciones ya se habían extinguido con la aprobación del convenio (art. 133.2 LC). En este caso la conclusión del concurso no produce efecto alguno sobre esas facultades patrimoniales.

El fundamento de la cesación de las limitaciones patrimoniales del concursado se encuentra en la razón misma de las limitaciones. Con las limitaciones se trata de asegurar el resultado del procedimiento concursal, impidiendo que el concursado pueda enajenar o gravar los bienes y derechos integrantes de su patrimonio en perjuicio de sus acreedores. Una vez concluido el concurso carece de sentido mantener las limitaciones. Por eso el concursado, que estaba sometido a restricciones legales (art. 40 LC) o convencionales (art. 137 LC), podrá ejercer libremente las facultades de administración y disposición de sus bienes.

La ley establece una excepción a la terminación de las limitaciones patrimoniales del concursado: cesarán las limitaciones, “salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación” (art. 178.1 LC). De ello podría deducirse que en determinados casos la sentencia que califique el concurso como fortuito o culpable podrá mantener las limitaciones patrimoniales del concursado. Sin embargo, esta deducción no coincide con la realidad. La sentencia que califique el concurso como culpable debe inhabilitar al concursado para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período de tiempo (art. 172.2.2º LC), inhabilitación que se extiende al ejercicio de la actividad empresarial, individualmente o por medio de una sociedad (art. 13.2 CCom). No puede, en cambio, inhabilitar al concursado para administrar y disponer de sus propios bienes, posibilidad ésta que sí contemplaba el Proyecto de Ley (art. 172.2.2º), el cual preveía el nombramiento de un curador para que se encargara de la administración de los bienes del concursado. Esta restricción contenida en el Proyecto de Ley no pasó a la redacción final de la Ley. Sin embargo, el legislador olvidó eliminar la coetilla final del art. 178.1 LC, que también debería haber desaparecido en la redacción definitiva. En cualquier caso, parece claro que la sentencia de calificación del concurso como culpable no puede contener limitación alguna sobre las facultades patrimoniales del concursado sobre sus bienes y derechos.

c. La “desafectación” de bienes y derechos integrados en la masa activa.

Las limitaciones a las facultades patrimoniales del concursado sobre determinados bienes y derechos pueden terminar también cuando esos bienes o derechos se “desafecten”. La “desafectación” provoca que un bien o derecho que está integrado en la masa activa del concurso, y que está sometido al régimen de intervención o suspensión establecido (art. 40 LC), sea sacado de esa masa activa, quedando en consecuencia al margen de la suerte del procedimiento concursal. Con la desafectación lo que se pretende es expulsar de la masa activa aquellos bienes o derechos con valor de realización esperado negativo³³. Se trata de aquellos bienes que previsiblemente van a producir unos rendimientos inferiores a los costes que generarán. Por eso son bienes que no interesan a la administración concursal ni a los acreedores, y tiene pleno sentido que queden al margen del concurso³⁴.

Es cierto que la Ley Concursal no admite expresamente la desafectación de bienes y derechos de la masa activa. Pero es una consecuencia que se sigue de varios preceptos. En particular, del art. 43.1 LC, que establece que en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. Es evidente que si un bien produce más gastos que beneficios, lo más conveniente para los intereses del concurso es deshacerse de él, y eso es precisamente lo que significa la desafectación: el bien sale de la masa activa, y se “devuelve” al deudor concursado.

La desafectación de un bien exige una declaración de voluntad de la administración concursal, de eficacia constitutiva, en virtud de la cual se declara expresamente que un determinado bien, previamente integrado en la masa activa, queda liberado y fuera de la masa. Ha de tratarse de una declaración expresa. No cabe una desafectación tácita ni por actos concluyentes. Por otra parte, no se requiere el consentimiento del concursado, pues no es un negocio bilateral, sino una declaración de voluntad unilateral de la administración concursal.

Las consecuencias de la desafectación son que el bien, que estaba integrado en la masa activa del concurso, queda fuera de ella. De este modo, el concursado recupera plenamente las facultades patrimoniales sobre esos bienes. Se trata, por tanto, de un caso de cesación parcial de las limitaciones que sufre el concursado en el ejercicio de las facultades patrimoniales. Parcial porque sólo afecta a los bienes desafectados; los demás bienes y derechos siguen sometidos al régimen de intervención o suspensión que se haya establecido. En consecuencia, tras la desafectación el concursado podrá por sí sólo administrar y disponer de los bienes desafectados sin restricción alguna. Ahora bien, si con la administración o disposición de esos bienes el concursado ingresa en su patrimonio dinero o algún tipo de bien, ese dinero sí entrará a formar parte de la masa activa.

La desafectación plantea dos cuestiones especialmente problemáticas. En primer lugar, cabe plantearse si para desafectar un bien la administración concursal precisa de autorización judicial. La respuesta no es clara. El art. 43.2 LC exige la autorización del juez del concurso para enajenar o gravar bienes y derechos que integran la masa activa.

³³ I. TIRADO, “Comentario al art. 76”, *cit.*, pp. 1399.

³⁴ Así sucede, por ejemplo, con los contenedores con residuos de difícil eliminación, un edificio en estado ruinoso, un solar hipotecado susceptible de dañar al predio contiguo, etc. Los ejemplos son de I. TIRADO, “Comentario al art. 76”, *cit.*, pp. 1399.

Cierto es que la desafectación no es, técnicamente, un acto de disposición. Pero mediante el mismo se sustrae un bien de la masa. Por lo tanto, parece razonable que se requiera la autorización judicial. En segundo lugar, es dudoso si un bien previamente desafectado puede después volver a incluirse en la masa activa, a petición de la administración concursal. No creo que existan argumentos convincentes en contra de esta posibilidad, si la administración concursal entiende que eso es lo mejor para los intereses del concurso.

VI. Consecuencias patrimoniales de los actos del concursado ajustados a las limitaciones patrimoniales.

Una vez declarado el deudor en concurso, podrán contraerse nuevas obligaciones derivadas de la realización de actos de administración o disposición, pero estos actos deberán ser realizados por la administración concursal (en caso de suspensión), o por el propio concursado pero con la autorización o conformidad de la administración concursal (en caso de intervención). Cabe plantearse ahora qué consecuencias patrimoniales tiene la celebración de estos actos o contratos.

Los créditos que tengan terceros sujetos, y que resulten de obligaciones válidamente contraídas después de la declaración de concurso (esto es, respetando las limitaciones patrimoniales que afectan al concursado), tendrán la consideración de créditos contra la masa (art. 84.2.9º LC), y serán satisfechos a su respectivo vencimiento, cualquiera que sea el estado del concurso (art. 154.2 LC). Esta regla se solapa parcialmente con la establecida en el art. 84.2.5º LC, según la cual se consideran créditos contra la masa los que se han generado por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración de concurso, créditos éstos que también son incluibles en el art. 84.2.9º LC.

Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercerán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese producido ninguno de estos actos (art. 154.2 LC).

VII. La ineficacia de los actos realizados en contravención de la limitación.

El auto de declaración de concurso tiene como uno de sus efectos la limitación de las facultades del deudor de administración y disposición de su patrimonio. Cabe plantearse qué sucede cuando el deudor actúa contraviniendo estas limitaciones patrimoniales. A esta cuestión se dedica el apartado 7 del art. 40 LC, cuyo texto es el siguiente: “Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso,

caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta”. Un segundo párrafo establece que “los referidos actos no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme”.

La Exposición de Motivos establece que la nueva Ley Concursal “atenúa... la sanción de los actos realizados por el deudor con infracción de estas limitaciones [de sus facultades de administración y disposición], que pasa a ser de anulabilidad” (III, párrafo 1). El legislador, por tanto, parte de la base de que, conforme al derecho derogado, los actos de dominio y de administración realizados por el quebrado son nulos de pleno derecho. Sin embargo, no está claro que ello sea así. Ciertamente, de la letra del art. 878.2 CCom parece deducirse esa consecuencia (nulidad absoluta), y así lo ha entendido buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Sin embargo, para más acertada aquella tesis que sostiene que se trata de un caso de anulabilidad³⁵; los actos del quebrado no son nulos de pleno derecho, sino anulables por los síndicos de la quiebra. Incluso hay quienes defienden que la naturaleza de esta ineficacia relativa es la rescisoria³⁶.

La Ley Concursal establece ahora que los actos o contratos contrarios a las limitaciones patrimoniales del concursado “podrán ser anulados” a instancia de la administración concursal. De la expresión utilizada por el legislador, y de la explicación que se da en la Exposición de Motivos, se infiere que se trata de un régimen de anulabilidad: los actos no son nulos, sino que podrán ser anulados. Así lo ha entendido la generalidad de la doctrina³⁷. En todo caso, no se trata del régimen de la anulabilidad establecido en el Código Civil, sino de una anulabilidad distinta, específica para el supuesto de contravención de las limitaciones patrimoniales del concursado. Con acierto se ha dicho que es al legislador a quien incumbe establecer el régimen de ineficacia aplicable a cada caso, y que en esta decisión no se encuentra sujeto por construcción doctrinal alguna³⁸. Y así sucede en el caso que nos ocupa. Teniendo en cuenta las especialidades que plantea esta hipótesis, se regula un sistema de ineficacia diferente al

³⁵ Por ejemplo, F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Tomo II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952, pp. 366 (reedición de Civitas, 1984); G. ALCOVER GARAU, *La retroacción de la quiebra*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 33; A. GORDILLO CAÑAS, “Par conditio creditorum y protección del tráfico (un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su supresión en la Ley concursal)”, *Act. Civ.*, 2003-2, pp. 428.

³⁶ F. CERDÁ ALBERO/I. SANCHO GARGALLO, *Curso de Derecho concursal*, Madrid, Colex, 2000, pp. 100.

³⁷ A. DÍAZ MORENO, “La ineficacia...”, *cit.*, pp. 1882; A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 807; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 367; C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Comentario al art. 40.7”, en J. SÁNCHEZ-CALERO/V. GUILARTE ZAPATERO (Dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Valladolid, Lex Nova, 2004, pp. 719; R. BLANQUER UBEROS, “Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones”, *CDC*, 2005, n.º 43, pp. 59; F. CORDÓN MORENO, “Comentario al art. 40”, en F. CORDÓN MORENO (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 352; E. ROCA, “El concurso del deudor persona física”, *RCJ*, 2004, n.º 4, pp. 122; J. L. COLINO MEDIAVILLA, “A propósito de la regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor (art. 40 LC)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2004, pp. 245.

³⁸ A. CARRASCO PERERA, “Comentario al art. 6.3”, en ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, I-1º, Madrid, Edersa, 1992, pp. 830.

de la nulidad, anulabilidad o rescisión del Código Civil. Ciertamente presenta algunas características que lo aproximan a la anulabilidad, pero otras difieren de ella. En las páginas que siguen trataremos de esbozar los caracteres generales de este régimen especial.

Conviene advertir que el legislador ha optado por un sistema unitario de anulación, aplicable tanto a los casos de intervención como a los de suspensión, y con independencia de que el concursado sea una persona física, una persona jurídica o una entidad sin personalidad.

Cabe cuestionarse si la opción del legislador concursal, al decantarse por la anulabilidad, es la mejor decisión posible³⁹. La solución finalmente adoptada puede fomentar la ligereza de la actuación del deudor, y sobre todo, echa una pesada carga sobre la administración concursal, que tendrá que interponer la acción de anulación si pretende dejar sin validez los actos del concursado realizados en contravención de las limitaciones patrimoniales⁴⁰. Había otras alternativas. Por ejemplo, rechazar la validez del acto del concursado y exigir a los terceros contratantes que reclamaran la convalidación o confirmación de ese acto, de modo que recaería sobre ellos la iniciativa de conservar la validez del mismo⁴¹; o declarar la inoponibilidad respecto al concurso de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones patrimoniales, salvo que sean consentidos por la administración concursal, al modo de la legislación alemana (§ 81 InsO)⁴².

También hay que preguntarse qué eficacia tiene los actos contrarios a las limitaciones patrimoniales mientras no se obtenga una sentencia que declare su anulación. Son posibles varias interpretaciones. Cabe entender, en primer lugar, que los actos son eficaces en tanto no se declare judicialmente su ineficacia, teniendo en tal caso la sentencia que “anula” el acto naturaleza constitutiva⁴³. Pero también se ha sostenido, en segundo lugar, que los actos del concursado son ineficaces desde el principio, sin necesidad de ejercitar la acción de anulación, si bien pueden ser sanados mediante la confirmación⁴⁴. El hecho de que se considere que el régimen establecido en el art. 40.7 LC es el de la anulabilidad, aunque con caracteres especiales, no ayuda a resolver la cuestión, pues también en esa sede se han mantenido las dos posiciones sobre la eficacia/ineficacia inicial del acto anulable. A mi juicio, parece más fundada la primera de las interpretaciones expuestas.

Por último, la infracción de las limitaciones patrimoniales del concursado tiene también otra consecuencia: el concursado no podrá presentar propuesta anticipada de

³⁹ Favorable a esta solución se muestra A. GORDILLO CAÑAS, “Par conditio...”, *cit.*, pp. 427.

⁴⁰ R. GARCÍA VILLAVERDE, “El Anteproyecto de Ley concursal español de 2000: las bases de una Reforma esperada”, *AJA*, n.º 491, pp. 3.

⁴¹ J. R. GARCÍA VICENTE, “La anulación de los actos...”, *cit.*, pp. 3.

⁴² R. GARCÍA VILLAVERDE, “El Anteproyecto de Ley...”, *cit.*, pp. 3; C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Comentario al art. 40.7”, *cit.*, pp. 719; F. CORDÓN MORENO, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 353; A. DÍAZ MORENO, “La ineficacia...”, *cit.*, pp. 1859 y ss.

⁴³ En este sentido, A. DÍAZ MORENO, “La ineficacia...”, *cit.*, pp. 1861 y ss; R. BLANQUER UBEROS, “Efectos del concurso...” *cit.*, pp. 59.

⁴⁴ A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 808 y 809.

convenio (art. 105.1.6º LC). No parece, sin embargo, que la infracción de las limitaciones patrimoniales pueda considerarse como uno de los supuestos que permiten la calificación del concurso como culpable (arts. 164.2.4º y 165.2 LC).

A. Legitimación para el ejercicio de la acción de anulación.

Según el art. 40.7 LC, la única legitimada para solicitar la anulación de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones patrimoniales es la administración concursal. Ostenta por tanto una legitimación exclusiva. Ello se debe a que la administración concursal es la encargada de garantizar la conservación y administración de la masa activa, así como la mejor satisfacción posible de los acreedores del concurso. El interés de los acreedores se hace valer por la administración concursal, por lo que es ella quien debe valorar si procede o no ejercitar la acción de anulación.

Es obvio que carece (y debe carecer) de legitimación activa el propio deudor concursado, y que tampoco la tiene el sujeto que ha sido parte en el acto de administración o de disposición realizado por el concursado. Igualmente carecen de legitimación activa los acreedores. Esta solución contrasta con la establecida en los arts. 54.4 y 72.1 LC, que conceden una legitimación subsidiaria a los acreedores en caso de inactividad de la administración concursal. Cabe plantearse si es posible la aplicación analógica de los preceptos mencionados al supuesto que nos ocupa. La respuesta ha de ser negativa. En primer lugar, porque la ley es clara en este punto: si hubiera querido conceder legitimación a los acreedores, así lo hubiera hecho, como ha sucedido en materia de acciones de reintegración. Y en segundo lugar, porque a diferencia de lo que acontece con las acciones de los arts. 54.4 y 72.1 LC, cuyo ejercicio por los acreedores nunca va a perjudicar a la masa (con independencia de que su resultado sea exitoso o no), sí es posible que el ejercicio por algún acreedor de la acción de anulación del art. 40.7 LC perjudique a la masa. Y ello porque el único presupuesto para que prospere la acción es que el acto impugnado infrinja las limitaciones patrimoniales, aunque no sea perjudicial para la masa (o incluso aunque sea beneficioso para ella). Por eso es razonable excluir a los acreedores de la legitimación activa, y reservar su ejercicio exclusivamente a la administración concursal⁴⁵.

Para el ejercicio de la acción de anulación la administración concursal no tendrá que alegar (ni probar) perjuicio alguno, a diferencia de lo que sucede con las acciones de reintegración (art. 71.1 LC)⁴⁶. Basta con que acredite la realización por el deudor de un acto o contrato en contravención de las limitaciones patrimoniales establecidas en el auto de declaración de concurso o en los autos posteriores que modifiquen el régimen de las limitaciones patrimoniales del concursado. Ahora bien, es evidente que la decisión de impugnar el acto no ha de ser tomada de manera arbitraria. La administración concursal deberá atender a lo que sea más conveniente para los intereses del concurso, y en esa línea, sólo ejercitará la acción de anulación cuando eso sea lo más interesante para esos intereses. La necesidad de impugnar se enmarca en la obligación de los administradores concursales de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal (art. 35.1 LC). Por eso, si siendo lo más aconsejable para los intereses del concurso, no interpone la acción de anulación, ello

⁴⁵ A. DÍAZ MORENO, “La ineficacia...”, *cit.*, pp. 1869.

⁴⁶ A. DÍAZ MORENO, “La ineficacia...”, *cit.*, pp. 1850.

constituirá justa causa para separar del cargo a los administradores (art. 37.1 LC), quienes deberán responder ante los acreedores (pero no ante el deudor) de los daños y perjuicios causados a la masa por tal omisión, si ha sido negligente (art. 36.1 LC).

En consecuencia, es la administración concursal la que debe decidir si impugna o no el acto o contrato realizado por el concursado. Se trata de una facultad de ejercicio discrecional, que la administración concursal deberá adoptar tomando en consideración qué es lo mejor para los intereses del concurso⁴⁷. Ahora bien, si la administración concursal no impugna, y esa omisión puede considerarse negligente, incurrirá en responsabilidad, en los términos previstos en el art. 36 LC.

En cuanto a la legitimación pasiva, nada establece el art. 40.7 LC. Es claro que legitimados pasivamente son el deudor concursado y aquellos sujetos que han sido parte en el acto impugnado. Al igual que sucede con las acciones de reintegración (art. 72.2 LC), la acción de anulación debe dirigirse también contra los terceros subadquirentes que no estén protegidos, si lo que se pretende es recuperar de ellos el bien que salió de la masa activa⁴⁸. Ahora bien, si la posición de los terceros es inatacable, la eventual obligación restitutoria no incumbirá al tercero subadquirente, sino exclusivamente a la contraparte del deudor concursado.

Aunque la Ley Concursal no les considera legitimados para ejercitar la acción de anulación, sí concede a los acreedores y a quienes hayan sido parte en el acto de administración o de disposición del concursado la facultad de requerir a la administración concursal para que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. En cuanto a los acreedores, como la ley no distingue, hay que entender que se refiere tanto a los acreedores concursales como a los acreedores de la masa. Ello tiene pleno sentido, pues tanto unos como otros tienen interés en que se impugne el acto o contrato del concursado, para impedir de este modo una disminución del patrimonio concursal. En cuanto al sujeto que ha sido parte en el acto de administración o disposición del concursado, la posibilidad de que ese acto se impugne le coloca en una situación de inseguridad, que puede pretender aclarar mediante el requerimiento que formula a la administración concursal.

El requerimiento debe adoptar la forma escrita (por analogía con los arts. 54.4 y 72.1 LC). En cuanto a su contenido, hay dudas de cuál ha de ser. En principio, parece que la ley lo predetermina con claridad: se pide a la administración concursal “para que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto” (art. 40.7 LC). Según este precepto, el requerimiento no exige a la administración concursal ejercitar la acción de anulación o convalidar o confirmar dentro del plazo de un mes. El requerimiento no tiene ese contenido. Se le exige, más bien, que dentro de ese plazo informe si va a ejercitar la acción de anulación o va a convalidar o confirmar. Ahora bien, esto no resulta tan claro, pues la propia norma establece que “la acción de anulación... caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste”. De donde se infiere que dentro de este plazo mensual la administración concursal debe ejercitar la acción de anulación, pues si no lo hace ésta caducará. Por eso, el requerimiento que se le hace no

⁴⁷ R. BLANQUER UBEROS, “Efectos del concurso...”, *cit.*, pp. 59.

⁴⁸ J. R. GARCÍA VICENTE, “La anulación de los actos...”, *cit.*, pp. 4.

es para que se pronuncie sobre si ejercitará la acción o confirmará el contrato, sino que deberá ejercitar de hecho la acción dentro del plazo si no quiere que ésta se extinga. Esta segunda interpretación es la que me parece que mejor casa con la ley y con la finalidad del requerimiento. Más adelante volveré sobre esta cuestión. Ahora basta con advertir que si transcurre un mes sin que la administración concursal se pronuncie, caducará la acción de anulación, por lo que el acto será ya inimpugnable (queda confirmado); además de la posible responsabilidad que esa actitud omisiva puede acarrear a la administración concursal (art. 36 LC). El *dies a quo* para el cómputo del plazo es la fecha en que se formuló el requerimiento (se computará conforme a lo dispuesto en el art. 133 LEC).

Según el art. 40.7 LC, “la acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal”. El incidente concursal está regulado en los arts. 192 a 196 LC, y del mismo va a conocer el juez del concurso. Cabe preguntarse si cabe el ejercicio extrajudicial de esta acción. La respuesta dependerá, en buena medida, de la interpretación que se haga de la expresión “en su caso”. Puede entenderse que el precepto establece que, caso de ejercitarse la acción de anulación, se tramitará por los cauces del incidente concursal; de modo que no cabe su ejercicio extrajudicial y el ejercicio judicial se realizará conforme a lo dispuesto en los arts. 192 y ss. LC. Pero puede también entenderse que la acción de anulación puede tramitarse, en su caso, por ese cauce procesal, lo que no impide su ejercicio extrajudicial. En mi opinión, parece más acertada la primera de las interpretaciones expuestas, por lo que no cabe su ejercicio extrajudicial. Eso no significa, evidentemente, que si hay acuerdo entre las partes puede no ser necesario acudir a los tribunales. Ahora bien, ese arreglo extrajudicial no producirá frente a terceros (por ejemplo, los subadquirentes) los mismos efectos que una sentencia estimatoria.

El juez del concurso, para resolver sobre la anulación del acto del concursado, deberá atender exclusivamente a si ese acto vulnera o no las limitaciones patrimoniales que afectan al concursado. No tomará en consideración si ese acto es o no perjudicial para la masa del concurso (para los acreedores).

B. La confirmación o convalidación.

Los contratos realizados por el concursado sin respetar el régimen restrictivo de sus facultades de administración y disposición son impugnables por la administración concursal. Ahora bien, la situación de incertidumbre que afecta a ese acto puede terminar, no con su impugnación y anulación, sino con la confirmación. La confirmación es aquella declaración de voluntad del sujeto legitimado para ejercitar la acción de anulación (la administración concursal), mediante la cual se sanan los actos afectados por la infracción, que de este modo producen todos sus efectos de manera definitiva.

La regulación que contiene el art. 40.7 LC sobre la confirmación es muy escasa. Se limita a señalar que “los actos del deudor que infrinjan las limitaciones... podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado”, y que esos actos “no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados”. El legislador se refiere indistintamente a convalidación y confirmación, cuando lo cierto es que ambas figuras

presentan notables diferencias. Con la convalidación, un contrato con nulidad radical puede regularizarse, en el sentido de que valdrá como otro contrato cuyos requisitos sí reúne (conversión). La confirmación, en cambio, opera en los contratos anulables; si el legitimado para pedir la nulidad (por ser anulable) del contrato lo confirma, el contrato se considerará válido e inimpugnabile. El legislador concursal utiliza ambos términos de forma acumulada. Entiendo que no hay que dar demasiada importancia a este dato, pues parece claro que la ley no ha pretendido otra cosa que despejar cualquier duda sobre la posibilidad de sanación de los actos realizados por el concursado, con independencia de cualquier consideración dogmática o terminológica⁴⁹. En cualquier caso, y habida cuenta de que la ineficacia que se predica de los actos del concursado puede calificarse como anulabilidad, aunque sometida a algunas reglas especiales, parece claro que el término correcto es el de confirmación, y no el de convalidación.

El régimen jurídico de la confirmación es el que se contiene en los arts. 1309 y ss. CC, siempre que resulte compatible con el régimen instaurado en el art. 40.7 LC. Cabe destacar los siguientes aspectos:

a) El sujeto legitimado para confirmar el acto o contrato del concursado es la administración concursal. No puede ser de otro modo, pues es la propia administración concursal la que ostenta la legitimación para ejercitar la acción de anulación, y ambas potestades (anulación y confirmación) deben recaer en el mismo sujeto.

b) Los criterios a que ha de atenerse la administración concursal para valorar si conviene o no confirmar son los intereses de los acreedores. Habrá que valorar si, conforme a esos intereses, resulta conveniente mantener la eficacia del acto o contrato realizado por el concursado. Así se deduce del art. 43.1 LC, según el cual en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa se atenderá a su conservación del modo más conveniente a los intereses del concurso. En esta tarea, los administradores concursales deben actuar con diligencia, pues serán responsables ante los acreedores (pero no ante el deudor) de los daños y perjuicios causados a la masa por la confirmación de un acto realizada sin la debida diligencia (art. 36.1 LC).

c) En cuanto a la forma, la confirmación puede hacerse de forma expresa o tácita (art. 1311 CC). Para que proceda la confirmación tácita es necesario que la administración concursal haya tenido conocimiento de que el acto que se confirma ha sido realizado por el concursado después de la declaración de concurso, en contravención de las limitaciones patrimoniales que sobre él recaen (art. 1311 CC). Ese mismo precepto del Código Civil requiere para la confirmación tácita que haya cesado la causa de la nulidad. Este requisito no tiene que concurrir en el caso que nos ocupa, en el que la facultad de confirmar la ostenta un tercero ajeno al contrato⁵⁰.

d) La administración concursal, en el ejercicio de la facultad de confirmación, no puede superar las facultades que ella misma ostenta en orden a la administración del patrimonio concursal. Por eso, si para realizar actos de enajenación o gravamen de bienes o derechos integrados en la masa activa se precisa la autorización judicial (art. 43.2 LC), en caso de que el acto realizado por el concursado que infringe el régimen del art. 40 LC sea de este tipo, la confirmación de este acto no requiere únicamente la

⁴⁹ A. DÍAZ MORENO, “La ineficacia...”, *cit.*, pp. 1872

⁵⁰ A. DÍAZ MORENO, “La ineficacia...”, *cit.*, pp. 1873.

declaración de voluntad en este sentido de la administración concursal, sino que exige también la autorización judicial⁵¹.

e) En ocasiones la decisión de confirmar el acto deberá consignarse en actas, que se extenderán o transcribirán en un libro legalizado por el secretario del juzgado. Según el art. 35.4 LC, se transcribirán en actas las decisiones de la administración concursal que no sean de trámite o gestión ordinaria. A estos efectos, son actos de gestión ordinaria los que suponen ejercicio de la facultad de administración, así como los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad empresarial o profesional. En cambio, no son actos de este tipo los actos de disposición que requieren autorización judicial. En consecuencia, cuando la confirmación recaiga sobre este último tipo de actos, habrá de consignarse en un acta la decisión de confirmar.

f) En cuanto al tiempo en que debe llevarse a cabo la confirmación, podrá hacerse en cualquier momento, siempre que no haya caducado la acción de anulación.

Con la confirmación se extingue la acción de anulación (art. 1309 CC). La confirmación purifica el contrato de los vicios de que adolece desde el momento de su celebración (art. 1313 CC). Opera, por tanto, retroactivamente. La confirmación subsana la irregularidad de que adolecía el acto o contrato realizado por el concursado. Por otra parte, las obligaciones surgidas de estos actos o contratos confirmados tendrán la consideración de créditos contra la masa. A primera vista cabe pensar que no es posible la aplicación directa del art. 84.2.9º LC, que considera créditos contra la masa “los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento [concursal] por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención”. Pues las obligaciones que surgen de actos o contratos que realiza el concursado en contravención de las limitaciones patrimoniales que le afectan no han sido, en sentido estricto, “válidamente contraídas”. Sin embargo, tras la confirmación la irregularidad desaparece desde el inicio, por lo que a todos los efectos es como si el concursado hubiera celebrado el acto o contrato respetando las limitaciones patrimoniales. Por eso las obligaciones que surgen contra el concursado se tratarán como créditos contra la masa.

C. Plazo de ejercicio de la acción de anulación.

Otra de las novedades que presenta la acción de anulación del art. 40.7 LC en comparación con el régimen de la anulabilidad del Código Civil tiene que ver con el plazo de ejercicio de la acción. En esta punto, se establece que “la acción de anulación... caducará, de haberse formula el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta” (art. 40.7.I LC). Conviene analizar cada uno de estos supuestos por separado.

1. La acción de anulación caducará, en primer lugar, cuando transcurra un mes desde el requerimiento formulado por los acreedores o por quien haya sido parte en la relación afectada por la infracción a la administración concursal para que se pronuncie

⁵¹ C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Comentario al art. 40.7”, *cit.*, pp. 723 y 724.

acerca del ejercicio de la acción de anulación o de la confirmación o convalidación del acto.

El plazo de un mes es de caducidad. Significa eso que el plazo no puede prorrogarse, interrumpirse o suspenderse. El *dies a quo* para el cómputo del plazo es, según el precepto, la fecha del requerimiento. Sin embargo, hubiera sido más acertado tomar en consideración, no la fecha del requerimiento, sino la fecha en que éste fue conocido por la administración concursal o pudo haber sido conocido, en el sentido de que ha llegado al ámbito de control de la administración concursal. En cualquier caso, debe valorarse positivamente el hecho de que se fije un plazo tan breve, que favorece el tráfico jurídico al desaparecer con el transcurso de ese plazo la posibilidad de impugnación.

En cuanto al contenido del requerimiento, ya se han expuesto con anterioridad las dudas interpretativas que existen. Es posible que durante el plazo del mes la administración concursal interponga la acción de anulación contra el acto o contrato indicado en el requerimiento. También cabe que dentro de ese plazo la administración concursal confirme el acto o contrato, confirmación que implica la extinción de la acción de anulación en ese mismo momento. En estos dos supuestos no se plantea problema alguno. Tampoco es problemático el caso en que la administración concursal permanece pasiva durante ese plazo (no responde al requerimiento, ni ejercita la acción ni confirma el acto): la acción de anulación caducará con el transcurso del mes, lo que implica una confirmación del acto.

Las dudas surgen cuando la administración concursal manifiesta su propósito de ejercitar la acción dentro del mes, pero no la ejercita dentro de ese plazo. ¿Qué sucede en tal caso? ¿Se entenderá que la acción caducará al cumplirse un mes desde la fecha del requerimiento? ¿O habrá que entender que la simple manifestación del propósito de ejercitar la acción supone que ya no caducará la acción por el transcurso de ese plazo, por lo que sólo se extinguirá con el cumplimiento del convenio o con la finalización de la liquidación? Como fácilmente puede advertirse, la cuestión tiene que ver con el contenido que ha de tener el requerimiento que se formula a la administración concursal y con la respuesta que ésta debe emitir. El art. 40.7 LC no es en este punto todo lo claro que debería, por lo que caben dos interpretaciones.

Conforme a una primera interpretación, los acreedores o quien haya sido parte en la relación afectada por la infracción requieren a la administración concursal para “que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción [de anulación] o de la convalidación o confirmación del acto”. Por tanto, no se exige a la administración que ejercite la acción de anulación en el plazo del mes, sino que declare si las va a ejercitar o no⁵². Así, si manifiesta dentro de plazo que ejercitará la acción (aunque efectivamente no la interponga dentro de ese plazo), la acción no caducará con el transcurso del mes.

Esta argumentación basada en la literalidad de la norma no es concluyente, pues el propio precepto indica que la acción de anulación “caducara, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste”. Según una segunda interpretación, la acción caducará cuando transcurra ese mes, con independencia de cuál

⁵² En este sentido, A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 813; C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Comentario al art. 40.7”, *cit.*, pp. 724.

sea el sentido en el que se pronuncie la administración concursal. El único hecho que impide la caducidad de la acción es su ejercicio dentro del plazo⁵³. Esta interpretación parece más acertada, si se toma en consideración cuál es la función del requerimiento regulado en el art. 40.7 LC. La finalidad del requerimiento es conceder a determinados sujetos (acreedores y quienes contrataron con el concursado) la posibilidad de poner fin a la situación de incertidumbre en la que se encuentra el acto o contrato afectado. Se trata de que dentro del plazo establecido (un mes) quede solventada esa situación de inseguridad. Y es obvio que no se solventa si se permite a la administración concursal pronunciarse en el sentido de que ejercitará la acción de anulación, pues lo cierto es que hasta que efectivamente no la ejercite la incertidumbre se mantiene.

2. Existe un segundo supuesto regulado sobre el plazo de ejercicio de la acción de anulación: caducará “con el cumplimiento del convenio por el deudor”. En realidad, la caducidad de la acción no se producirá en la fecha en que el convenio se termina de cumplir íntegramente, sino que tendrá lugar con la firmeza del auto que declara el cumplimiento del convenio o, en su caso, cuando caduquen o sean rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento (art. 176.1.2º LC); esto es, con la conclusión del concurso.

En esta hipótesis no se establece un *dies a quo* para el ejercicio de la acción de anulación, sino un *dies ad quem*: podrá ejercitarse hasta que concluya el concurso por cumplimiento del convenio. La extinción de la acción a partir de ese momento está plenamente justificada. Una vez concluido el concurso, el interés de los acreedores desaparece, por lo que ya no tiene sentido mantener un régimen de ineficacia que se estableció precisamente como mecanismo de protección del referido interés.

Conforme a lo expuesto, la acción de anulación podrá ejercitarse incluso aunque el convenio haya sido aprobado por sentencia judicial. Lo que hay que determinar en este caso es quién está legitimado para ejercitar la citada acción de anulación. La administración concursal, como tal, no podrá hacerlo, pues desde la fecha de la aprobación judicial del convenio cesan en su cargo los administradores concursales (art. 133.2.II LC). En mi opinión, habrá de estarse en primer lugar a lo que establezca el convenio. En efecto, si en el convenio se atribuye a alguno o algunos de los administradores concursales la facultad de ejercitar las acciones de anulación de los actos del concursado, ellos serán los legitimados. ¿Qué sucede, en cambio, cuando en el convenio no se establece una previsión de este tipo? En tal caso habrá que concluir que no puede interponerse la acción de anulación, pues nadie ostenta la legitimación activa⁵⁴. Eso no significa que la acción se extinga. La acción de anulación subsiste, aunque no pueda ejercitarse. Y subsiste hasta que el convenio se cumpla definitivamente (momento en el que se extingue la acción), o hasta que el convenio se rescinda por incumplimiento o se declare nulo (arts. 140.4 y 143.1.4º y 5º LC), en cuyo caso se abre de oficio la fase de liquidación, y se repondrán en el ejercicio de su cargo a los administradores concursales o se nombrará a otros (art. 145.1.II LC), quienes podrán ejercitar la acción de anulación.

3. En tercer lugar, la acción de anulación caducará, “en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta”. Hay que preguntarse, por tanto, cuándo se

⁵³ A. DÍAZ MORENO, “La ineficacia...”, *cit.*, pp. 1879.

⁵⁴ A. DÍAZ MORENO, “La ineficacia...”, *cit.*, pp. 1876.

produce la finalización de la liquidación. El legislador no ha sido todo lo claro que debería. Pero aún así parece que hay que entender que se refiere a la conclusión del concurso por haberse producido la íntegra satisfacción de los acreedores (art. 176.1.3º LC) o por inexistencia de bienes y derechos del concursado (o de terceros responsables) con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.1.4º LC). En este último caso la conclusión del concurso no podrá decretarse mientras se estén tramitando acciones de anulación al amparo del art. 40.7 LC (ex art. 176.3 LC, aunque este precepto únicamente se refiere a las acciones de reintegración). Además, el informe de la administración concursal, preceptivo para que se produzca la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del concursado, deberá afirmar y razonar que no existen acciones de anulación viables (art. 176.4 LC) o bien que los actos han sido confirmados.

Existen otras causas de extinción de la acción de anulación no recogidas en el art. 40.7 LC. Me refiero, en particular, al supuesto de que adquiera firmeza la resolución judicial que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos (art. 176.1.5º LC). Es esta una hipótesis que provoca la conclusión del concurso, con la consiguiente cesación de sus efectos (art. 178 LC). Con la conclusión del concurso desaparece la administración concursal, y desaparece igualmente el interés de los acreedores en cuyo beneficio se había establecido la acción de anulación.

Queda por resolver una última cuestión: si la administración concursal puede hacer valer la anulabilidad por vía de excepción. El supuesto de hecho es el siguiente: el sujeto que contrató con el deudor concursado pretende reclamar de la masa del concurso el cumplimiento de las obligaciones nacidas de dicho contrato. ¿Puede la administración concursal oponerse a ello, alegando por vía de excepción la anulación del contrato por contravención del art. 40 LC? Es claro que mientras la administración concursal pueda ejercitar la acción de anulación, también podrá alegarla por vía de excepción. El problema se plantea cuando la acción de anulación ha caducado, especialmente en la hipótesis de que la caducidad se produzca por haber transcurrido un mes desde el requerimiento formulado a la administración concursal⁵⁵. En el ámbito de la anulabilidad, aunque la doctrina se muestra dividida, es mayoritaria la tesis que admite la alegación de la anulabilidad por vía de excepción incluso aunque la acción haya caducado⁵⁶. En el marco del art. 40.7 LC, sin embargo, esta tesis no puede mantenerse⁵⁷. Se parte del hecho de que los acreedores o la contraparte del concursado requieren a la administración concursal para que en el plazo de un mes interponga la acción de anulación o confirme el acto o contrato. Si la administración concursal permanece inactiva, y no ejercita la acción dentro del plazo, no parece razonable permitirle después hacer valer la ineficacia por vía de excepción. Pues de este modo se burlaría el fin

⁵⁵ La cuestión es más clara cuando la caducidad de la acción de anulación se produce por cumplimiento del convenio o por la finalización de la liquidación, pues en estos casos el concurso ha concluido, la administración concursal ha cesado y el único sujeto al que puede reclamar la contraparte es al propio concursado.

⁵⁶ En este sentido, L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 476; L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, Real Colegio de España en Bolonia, 1977, pp. 53 y 54; F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, reimpresión de 1991, pp. 511.

⁵⁷ A. DÍAZ MORENO, “La ineficacia...”, *cit.*, pp. 1881; A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 815.

perseguido por la norma que regula el requerimiento, que no es otro que eliminar la incertidumbre que sufre la contraparte del deudor concursado.

D. Efectos de la anulación.

No establece la LC cuales son las consecuencias del ejercicio exitoso por la administración concursal de la acción de anulación. Ante este silencio, algún autor ha propuesto aplicar los efectos previstos en el art. 73 LC para el caso de ejercicio de las acciones rescisorias concursales⁵⁸. Sin embargo, parece más acertado considerar que hay que aplicar el régimen de la anulabilidad. En todo caso, la omisión que se describe en la LC debe ser objeto de crítica, por varios motivos. Por una parte, porque las reglas del Código Civil sobre las consecuencias de la nulidad de los contratos tienen un algo grado de incertidumbre. Por otra, porque determinados preceptos del Código parece sensato no aplicarlos a la ineficacia regulada en el art. 40.7 LC (por ejemplo, la regla de la simultaneidad del art. 1308 CC).

Una vez ejercitada con éxito la acción de anulación, si las partes del contrato anulado aún no han ejecutado sus prestaciones, quedan liberadas de hacerlo. En cambio, si ya las han ejecutado, tendrán que restituirse las prestaciones que hubieran realizado (art. 1303 CC). Así, la contraparte del concursado tendrá que restituir a la masa el bien que hubiera recibido, junto con sus frutos e intereses⁵⁹. Si no puede restituir el bien (por haberse perdido o haber sido enajenado a un tercero), deberá restituir a la masa los frutos percibidos y el valor que tenía el bien cuando se perdió o enajenó, con los intereses desde esa fecha (art. 1307 CC).

Por su parte, la administración concursal tendrá que restituir al sujeto que contrató con el concursado lo recibido por aquél. Con una doble matización. En primer lugar, no estará obligada a restituir cuando el sujeto que contrató con el concursado haya participado en el dolo cometido por éste (arts. 166 y 172.2.3º LC). En segundo lugar, sólo tendrá la obligación de restituir en cuanto se haya enriquecido con la prestación recibida por el concursado (ex art. 1304 CC). En este sentido, se ha señalado⁶⁰ que la obligación de restitución de la administración concursal depende de si la contraprestación recibida por el concursado ha entrado a formar parte o no de la masa activa. Así, si la prestación entregada por el tercero al concursado ha ingresado en la masa activa, la administración concursal estará obligada a restituirla; en cambio, si el concursado mantiene la prestación recibida de la contraparte, no ingresándola en la masa activa del concurso, la contraparte no podrá reclamársela a la administración concursal. Esta argumentación no es convincente. No tiene sentido partir de la distinción entre bienes adquiridos por el concursado que forman parte de la masa activa y aquellos otros que no se han ingresado en la masa activa. Por definición, todos los

⁵⁸ F. CORDÓN MORENO, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 353.

⁵⁹ A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 817 estima que, a pesar de que la aplicación de los arts. 451 y 455 CC llevaría a entender que la contraparte del concursado sólo está obligada a restituir los frutos e intereses cuando haya actuado de mala fe, en el caso que nos ocupa la restituir de los frutos e intereses debe producirse en todo caso, pues lo contrario supondría admitir el perjuicio de la masa como consecuencia de un acto del concursado.

⁶⁰ A. DÍAZ MORENO, “La ineficacia...”, *cit.*, pp. 1883; A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 816.

bienes adquiridos por el concursado forman parte de la masa activa, con independencia de que los tenga o no en su poder la administración concursal. El ingreso en la masa activa no es un acto traslativo singular sino una cualificación de determinados bienes, con independencia de la condición y del designio del acto de adquisición y de la persona de quien adquiere. Otra cosa es que la administración concursal no encuentre el bien ni sepa dónde está, o que el concursado no lo quiera entregar físicamente. Pero este no es ya un problema propiamente concursal.

Como señalaba, es aplicable la regla contenida en el art. 1304 CC. Por lo tanto, la administración concursal sólo tendrá la obligación de restituir en cuanto se haya enriquecido con la prestación recibida por concursado. Puede aplicarse la doctrina jurisprudencial recaída sobre el precepto mencionado. Así, no supone enriquecimiento la mera recepción de la cosa o cantidad por el concursado. Ha de probarse “el incremento o beneficio causado en su patrimonio mediante una inversión provechosa o un justificado empleo en la satisfacción de sus necesidades (STS 15 febrero 1949). La prueba del enriquecimiento recae sobre el sujeto que contrató con él.

La aplicación del art. 1308 CC no siempre es posible. Si tras la anulación del acto o contrato la administración concursal está obligada a restituir a la contraparte la prestación realizada por ella, la contraparte podrá negarse a restituir lo recibido hasta que la administración concursal no devuelva la prestación que le incumbe. Podrá oponer, por tanto, la excepción de incumplimiento de la obligación de restitución. En cambio, si la administración concursal no está obligada a restituir nada a la contraparte, ésta no podrá oponer la citada excepción.

En el caso de que la administración concursal esté obligada a restituir la prestación, por haber ingresado ésta en la masa activa del concurso, cabe preguntarse qué calificación han de recibir esos créditos. La ley no contiene un pronunciamiento expreso sobre esta cuestión, por lo que podrían considerarse créditos ordinarios (art. 89.3 LC), créditos contra la masa (por su semejanza con las acciones de reintegración: arts. 73.3 y 84.2.8º LC), o incluso créditos subordinados (en el caso de que la sentencia aprecie mala fe en el tercero, arts. 73.3, 84.2.8º y 92.6 LC). La mayor parte de la doctrina entiende que se trata de créditos contra la masa, por aplicación analógica del art. 84.2.8º LC⁶¹. Sin embargo, señala GARCÍA VICENTE⁶² que la aplicación analógica de este precepto no resulta fácil. Por una parte, por el carácter taxativo de los créditos contra la masa, que exigen una mención expresa en la ley (art. 84.2.11º LC), cosa que no sucede en el supuesto que nos ocupa. Por otra, porque las acciones de reintegración permiten impugnar actos realizados por el deudor antes de la declaración de concurso (art. 71.1 LC), y no posteriores, como sucede en el art. 40.7 LC. En fin, porque no parece acertado que tanto los créditos derivados de contratos válidos (art. 85.2.9º LC) como inválidos merezcan la consideración de créditos contra la masa. Además, la consideración como créditos contra la masa es un incentivo a la infracción de las limitaciones patrimoniales, especialmente para los terceros contratantes (salvo que se pruebe su mala fe), pues los créditos contra la masa deben ser satisfechos antes que los créditos concursales (art. 154.1 LC). En mi opinión, a pesar de estas

⁶¹ A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 816; A. DÍAZ MORENO, “La ineficacia...”, *cit.*, pp. 1883; C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Comentario al art. 40.7”, *cit.*, pp. 727 (que defiende la aplicación analógica del art. 73.3 LC, con contenido similar al art. 84.2.8º LC).

⁶² En “La anulación de los actos...”, *cit.*, pp. 6.

advertencias, es claro que el contracrédito que tiene el tercero es un crédito contra la masa. Se trata de un crédito que nace con posterioridad a la declaración de concurso, por lo que no puede estar incluido en el inventario, ni calificarse de ordinario o subordinado. Precisamente por ser posteriores a la declaración de concurso es por lo que procede la aplicación analógica de la acción rescisoria concursal (el contracrédito rescisorio es también un crédito posterior al concurso).

E. El cierre registral.

Dispone el art. 40.7.II LC que los actos del deudor que infrinjan las limitaciones patrimoniales “no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme”. Por lo tanto, mientras subsista el carácter claudicante del acto o contrato realizado por el concursado en contravención de sus limitaciones patrimoniales, no podrá acceder al Registro. Esto es una consecuencia lógica de lo dispuesto en el art. 24.4 LC, según el cual si el concursado tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, se anotarán preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición. Como se trata de actos subsanables, no estamos ante un caso de denegación de inscripción, sino de suspensión de inscripción⁶³. El registrador suspenderá el acceso al registro de los títulos en los que deduzca falta de legitimación del disponente, pues en el Registro constarán las limitaciones patrimoniales que soporta el concursado desde el auto de declaración de concurso (art. 21.1.2º y 24 LC). Adviértase como la propia Ley Concursal contiene una regulación diferente en el art. 137.2 LC, según el cual la inscripción de las limitaciones de las facultades de administración y disposición establecidas en el convenio no impedirá el acceso a los Registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite.

Cabe plantearse qué sucede cuando el concursado realiza el acto de administración o disposición en contravención del art. 40 LC antes de que el auto de declaración de concurso haya tenido acceso a los Registros públicos en los términos previstos en el art. 24 LC. En tal caso, la contraparte que ha adquirido del concursado lo ha hecho confiando en los datos del Registro. Aun así, no debe considerarse protegido en su adquisición, por lo que si el acto se anula deberá restituir lo recibido a la administración concursal. Distinta es la situación de los subadquirentes. Si un tercero adquiere del adquirente del concursado, será mantenido en su adquisición si reúne los requisitos establecidos en la Ley Hipotecaria (art. 34); esto es, si la transmisión ha sido a título oneroso, de buena fe, y ha inscrito su título en el Registro. Adviértase, en todo caso, que es posible que el subadquirente tuviera conocimiento (o hubiera debido tenerlo, si hubiera actuado con la diligencia exigible) de la situación de concurso del primer transmitente, no por los Registros (pues todavía no se ha hecho mención en ellos del concurso), sino por la publicidad que de la declaración de concurso se ha hecho (art. 23 LC). Si así sucede falta la buena fe del subadquirente, por lo que no resultará protegido. Si se trata de bienes muebles, la protección de los terceros subadquirentes se deducirá conforme a la normativa que resulta aplicable: arts. 464 CC y 85 CCom. En

⁶³ I. HERBOSA MARTÍNEZ, “Los efectos del concurso sobre la persona del deudor en el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002”, RCDI, 2003, n.º 678, pp. 2022.

definitiva, y como señala GORDILLO CAÑAS⁶⁴, “en nuestro Derecho concursal la preocupación por la seguridad del tráfico sólo comienza a sentirse cuando en escena aparecen los subadquirentes. El ajeno al concurso que directamente adquiere, de buena fe, del concursado continúa en la misma anacrónica situación de desprotección que tan insistente y fundadamente ha venido denunciando la doctrina”.

F. Actos sometidos al régimen de ineficacia del art. 40.7 LC.

El régimen de la anulación diseñado en el art. 40.7 LC se aplica a “los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo”. En consecuencia, sólo entra en juego cuando el deudor realiza un acto que vulnera el régimen de intervención o de suspensión fijado en el auto de declaración de concurso o en otro auto posterior; esto es, cuando el deudor realiza un acto por sí solo (en caso de suspensión), o cuando lo realiza pero sin obtener la precisa autorización o conformidad de la administración concursal (en caso de intervención). Evidentemente, la acción de anulación únicamente puede tener por objeto los actos del concursado posteriores a la fecha del auto de declaración de concurso. Los actos anteriores podrán ser impugnados, en su caso, mediante las acciones de reintegración de los arts. 71 a 73 LC.

Dado los términos del art. 40.7 LC, cabe plantearse qué sucede en otras hipótesis que están reguladas, no en el art. 40 LC, sino en otros preceptos.

1. Si el concursado es empresario y está sometido al régimen de intervención, la administración concursal podrá conceder una autorización con carácter general en la que se determinen los actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor que, por razón de su naturaleza o cuantía, el deudor podrá realizar sin precisar de una autorización individual (art. 44.2.I LC). Se gana así en agilidad y rapidez, pues el deudor no precisará de la autorización o conformidad de la administración concursal cada vez que pretenda realizar un acto de ese tipo, pues han sido previamente autorizados con carácter general. Si el concursado realiza un acto que no está amparado por esa autorización general (por ejemplo, porque no se trata de un acto “propio” del giro o tráfico de la actividad profesional que venía desempeñando el deudor; o porque excede de la cuantía máxima establecida en la autorización general, etc.), el acto será anulable, aunque podrá ser confirmado por la administración concursal⁶⁵. Resulta aplicable el régimen previsto en el art. 40.7 LC.

2. Si el deudor concursado es empresario y está sometido al régimen de intervención, hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad profesional o empresarial, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado y no contradigan las medidas cautelares que, en su caso, hubiera adoptado el juez al declarar el concurso (art. 44.2.II LC). Si el concursado realiza un acto de administración o disposición que no respeta las circunstancias que acaban de mencionarse (por ejemplo, no es un acto “propio” de su giro o tráfico, no es

⁶⁴ En “Par conditio...”, *cit.*, pp. 430.

⁶⁵ A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 44”, *cit.*, pp. 912.

imprescindible, o no se ajusta a las condiciones normales del mercado), ese acto será anulable, en los términos del art. 40.7 LC.

3. Es posible que el juez del concurso adopte medidas cautelares que limiten el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre sus bienes. Estas medidas cautelares podrán adoptarse incluso antes de la declaración de concurso; en concreto, al admitir a trámite la solicitud de concurso (concurso necesario), cuando las considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor (art. 17.1 LC). En cualquier caso, se hubieren o no decretado antes, el auto de declaración de concurso debe contener las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor, medidas que tendrán validez hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4º LC). Cabe plantearse cuál es el régimen de ineficacia de los actos contrarios a las medidas cautelares adoptadas por el juez. En principio, estarán sometidos al régimen establecido por el propio juez. En su defecto, se considerarán actos anulables⁶⁶.

4. Con el fin de evitar la liquidación del patrimonio del deudor antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación, la Ley Concursal establece que “no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez” (art. 43.2 LC). Por lo tanto, se requiere la autorización del juez para llevar a cabo un acto de enajenación o de gravamen (salvo para la hipótesis prevista en el art. 43.3 LC). Eso significa que, en caso de intervención, la realización de un acto de ese tipo precisa la voluntad favorable del concursado, de la administración concursal y del juez; y en caso de suspensión, la de la administración concursal. ¿Qué sucede cuando se realiza un acto de disposición sin la autorización judicial? La ley no lo aclara. Podría sostenerse que se trata de un acto nulo de pleno derecho, al vulnerar una norma imperativa⁶⁷. Esta sanción, sin embargo, puede resultar poco justificada, cuando el acto de disposición es el más conveniente para los intereses del concurso (art. 43.1 LC), y la falta de solicitud de autorización judicial se debe a la urgencia en realizar el acto de disposición, so pena de que el bien enajenado sufra daños o perezca. También cabría defender que el tipo de ineficacia que afecta a ese acto es la anulabilidad. Pero la aplicación del régimen previsto en el art. 40.7 LC plantea problemas, pues evidentemente la legitimación para impugnar (o ratificar) no puede recaer sobre la administración concursal, pues es ella la máxima responsable de la falta de autorización judicial. En cualquier caso, se ha propuesto que el juez debe ratificar el acto de disposición cuando la celebración del mismo constituya la mejor forma de conservar dicho patrimonio (en cumplimiento del mandato del art. 43.1 LC)⁶⁸. Pero los problemas subsisten: si el juez no ratifica, ¿qué sucede con ese acto?

5. Con la aprobación del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2.I LC), entre ellos, las limitaciones patrimoniales que sufre el concursado. Ahora bien, el convenio puede establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor (art. 137.1 LC). La infracción de estas medidas constituye un incumplimiento del convenio (art.

⁶⁶ A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 44”, *cit.*, pp. 916.

⁶⁷ C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Comentario al art. 40.7”, *cit.*, pp. 720.

⁶⁸ A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 43”, *cit.*, pp. 898.

137.1 LC) que, una vez declarado por sentencia firme, provoca la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 145.1.5º LC), con la consiguiente suspensión del deudor en el ejercicio de las facultades de administración y disposición (art. 145.1 LC), y la calificación del concurso como culpable. Al margen de ello, cabe plantearse si es posible pedir la ineficacia del acto de administración o disposición celebrado. La mayoría de los autores son partidarios de una respuesta positiva, aunque la fundamentación de la misma varía considerablemente. Se ha defendido⁶⁹ la aplicación analógica del art. 40.7 LC, con el matiz de que la legitimación activa corresponde a los acreedores. Por el contrario, también se ha sostenido⁷⁰ que no cabe la acción de nulidad del acto, pero que los acreedores sí podrían utilizar la acción de reintegración de la masa a que alude el art. 137.2 LC. La interpretación de la Ley Concursal es en este punto especialmente compleja. El precepto citado parece referirse a las acciones de reintegración de los arts. 71 y ss. LC. Resulta, sin embargo, que la “reintegración de la masa” a que se refiere el art. 71 LC es un efecto del concurso, y estos efectos cesan cuando se aprueba el convenio (art. 133.2 LC). Además, la legitimación principal para el ejercicio de esta acción corresponde a la administración concursal (art. 72.1 LC), institución ésta que ya ha cesado con la aprobación del convenio (art. 133.2 LC), si bien es cierto que en el convenio se puede pactar la continuidad de la administración con efectos limitados, uno de los cuales puede ser el de permitir el juego de la legitimación de la acción de reintegración del art. 137.2 LC. En ausencia de un pacto de este tipo en el convenio, la solución podría venir dada por el art. 71.6 LC, que admite la impugnación de actos del deudor conforme al derecho común. Ello permitiría, por ejemplo, que los acreedores utilizaran la acción revocatoria ordinaria del art. 1111 CC⁷¹.

6. Cuando se abre la liquidación, la situación del concursado “será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la presente ley” (art. 145.1.I LC). La fase de liquidación comienza con el auto que decreta su apertura (arts. 142.2, 3 y 4, y 143.2 LC). Desde ese instante las facultades patrimoniales del concursado quedan sometidas al régimen de suspensión, por lo que corresponde a

⁶⁹ M. DE BUSTOS, “Comentario al art. 137”, en M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (Coord.), *Derecho Concursal Práctico*, Madrid, Iurgium, 2004, pp. 660.

⁷⁰ A. CARRASCO PERERA, “Comentario al art. 137”, *cit.*, pp. 1505 y 1506.

⁷¹ Distinta es la interpretación que propone A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 137”, *cit.*, pp. 2260 y ss. Según esta autora, el ejercicio de la denominada acción de reintegración de la masa del art. 137.2 LC comportará la ineficacia del acto contrario a esas medidas y la devolución a la masa de lo que hubiera salido de ella en virtud de tal acto. El ejercicio de esta acción puede producirse una vez declarado judicialmente el incumplimiento del convenio o sin que exista esa previa declaración judicial. En el primer caso, esto es, cuando se ha producido el incumplimiento del convenio y se ha abierto la fase de liquidación, la legitimación para el ejercicio de la llamada acción de reintegración corresponderá a la administración concursal. Los acreedores no tienen legitimación, ni siquiera de manera subsidiaria, aunque podrá requerir a la administración concursal para que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción (aplicación analógica del art. 40.7 LC). La acción se tramitará por los cauces del incidente concursal, y su estimación implicará la declaración de ineficacia del acto contrario a la medida prohibitiva o limitativa establecida en el convenio. Los efectos restitutorios son los mismos que rigen para el régimen del art. 40.7 LC. Es posible, en segundo lugar, que la acción de reintegración del art. 137.2 LC, y la consiguiente ineficacia del acto contrario a las medidas prohibitivas o limitativas, se ejercite sin que se haya declarado judicialmente el incumplimiento del convenio. ¿Quién ostenta la legitimación activa? Habrá que estar, en primer lugar, a lo que se diga en el propio convenio. Si nada establece el convenio expresamente, serán los órganos encargados de vigilar el cumplimiento del convenio o de ejercer las facultades de las que se hubiera privado o limitado al concursado los que tendrán que decidir el ejercicio o no de la acción de ineficacia. Los acreedores no podrán, en ningún caso, ejercer esas acciones.

los administradores concursales el ejercicio de esas facultades. Si en ese momento no existen ya administradores concursales, al haberse producido su cese como consecuencia de la aprobación de un convenio (art. 133.2.II LC), se procederá a reponer en sus cargos a los anteriores administradores o al nombramiento de otros nuevos (art. 145.1.II LC). La remisión que la parte final del art. 145.1.I LC hace al Título III de la Ley para determinar los efectos de la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor permite entender que, si éste actúa con infracción de las limitaciones de gestión patrimonial que le han sido impuestas, la sanción que debe aplicarse es la anulabilidad, en los términos del art. 40.7 LC⁷².

VIII. Sobre la naturaleza de la limitación de las facultades patrimoniales del concursado: ¿incapacidad o prohibiciones legales?

Constituye un debate clásico en nuestra doctrina el preguntarse si el sujeto sometido a concurso tiene limitada su capacidad de obrar o se ve afectado por prohibiciones legales de administración y disposición sobre cierto tipo de bienes. Bajo la vieja regulación del concurso y de la quiebra, ambas posturas habían sido defendidas por diversos autores, e igualmente cabe encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentencias que apoyan una y otra interpretación. Tras la publicación de la Ley Concursal la polémica renace.

Para R. BERCOVITZ⁷³, el art. 40 LC produce una limitación de la capacidad de obrar patrimonial del concursado, de mayor o menor intensidad según se trata de un concurso necesario o de un concurso voluntario, y en última instancia, según lo que el juez considere más adecuado al caso. Como con acierto señala este autor, el concursado no es un incapacitado, pues el hecho de ser declarado en concurso no es causa que permita su incapacitación conforme al art. 200 CC. “No obstante, cuando el concursado es una persona física o natural, mayor de edad y no incapacitada, no hay más remedio que aceptar que nos encontramos ante un supuesto de incapacitación, por muy peculiar que el mismo sea y por muy concretos que sean sus efectos”⁷⁴. El concursado, por tanto, tiene limitada su capacidad de obrar. Ahora bien, esta incapacidad no es general, pues el concursado puede seguir siendo tutor (arts. 244.5º, 247 CC), curador (art. 291) o defensor judicial (art. 301 CC). Es incapaz pero sólo en relación a los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso.

La mayoría de la doctrina, sin embargo, entiende que las limitaciones que la Ley Concursal impone al concursado no restringen su capacidad de obrar, sino que se trata de prohibiciones legales de administrar o disponer sobre determinados bienes⁷⁵. En este sentido, se ha apuntado que la incapacidad constituye una cualidad personal o intrínseca del sujeto y una cualidad abstracta y general (lo que no quiere decir que afecta a la

⁷² R. SÁNCHEZ ARISTI, “Comentario al art. 145”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 1561; E. ROCA, “El concurso...”, *cit.*, pp. 119.

⁷³ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 358 y ss.

⁷⁴ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 359.

⁷⁵ Así, A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 782 y ss.; R. BLANQUER UBEROS, “Efectos del concurso...” *cit.*, pp. 61 y ss.; A. PAU PADRÓN, *Las limitaciones patrimoniales...*, *cit.*, pp. 11 y ss.; E. ROCA, “El concurso...”, *cit.*, pp. 117.

totalidad de la esfera jurídica de la persona, pues puede afectar únicamente a una categoría de actos). En la hipótesis de concurso no concurren estas dos circunstancias. Así, por una parte, la intervención y la suspensión no son cualidades personales del sujeto concursado; no son limitaciones que se imponen directamente a la persona en cuanto tal, sino como titular de un patrimonio destinado a un fin específico⁷⁶. Pero es que, por otra parte, tampoco son cualidades generales y abstractas. El concursado puede ejercer sus derechos y acciones personales, y puede igualmente celebrar contratos, asumir obligaciones y realizar cualquier acto que no suponga el ejercicio de las facultades de administrar y disponer de los bienes integrantes del patrimonio concursal. Por lo tanto, la falta de aptitud que sufre el concursado es concreta y delimitada: se refiere únicamente al patrimonio concursal y sólo por el tiempo necesario para que dicho patrimonio sea utilizado para la satisfacción de los acreedores. En conclusión, para esta corriente doctrinal el concursado tiene plena capacidad de obrar. Sobre él recae una prohibición de disponer y de administrar determinado tipo de bienes durante un concreto período de tiempo. A mi juicio, esta tesis es más adecuada, por lo que es la que debe acogerse.

⁷⁶ Según A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario al art. 40”, *cit.*, pp. 782 y ss., así lo demuestra, en primer lugar, el hecho de que la limitación está vinculada al procedimiento concursal cuyo objeto es la liquidación de los bienes del concursado para el pago de los acreedores o la celebración de un convenio que prevea otra forma de satisfacción; de modo que, liquidados los bienes y repartido el producto entre los acreedores o aprobado el convenio, la suspensión o la intervención desaparecen (v. arts. 133.2 y 178). En segundo lugar, que los efectos del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor siguen operando incluso después de la muerte del concursado (v. art. 182) y alcanzan a los herederos mientras no concluya el procedimiento, lo que evidentemente no sucede con la incapacidad. Y, en tercer lugar, que la limitación se refiere sólo a los bienes que integran el patrimonio concursal y no a los que forman el patrimonio personal del concursado. De ello concluye la autora que “la suspensión y la intervención son limitaciones que recaen directamente sobre los bienes sometidos al procedimiento concursal y cuya finalidad es garantizar el resultado de dicho proceso. No es trata de una limitación que recaiga sobre la persona; a ella sólo le afecta en cuanto titular de dichos bienes”.