

Aurora Martínez Flórez

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid*

La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. LA INCARDINACIÓN DE LAS LIMITACIONES DEL CONCURSADO EN LA CATEGORÍA DE LA INCAPACIDAD DE OBRAR—1. *Consideración general*—2. *La tesis de la incapacidad del concursado*—2.1. *La tesis de la limitación de la capacidad de obrar con especialidades*—2.2. *La tesis de la incapacitación-sanción*—2.3. *El estado civil de quebrado o concursado*—3. *La consideración del concursado como incapacitado en los textos legales*
 - III. EXAMEN CRÍTICO DE LA TESIS DE LA INCAPACIDAD DEL CONCURSADO—1. *Consideración general*—2. *La incapacitación como sistema de protección del incapacitado y las limitaciones del concursado como medidas de protección de los acreedores*—3. *La inconsistencia de la tesis de la incapacitación-sanción*—4. *La imposibilidad de incardinar la situación del concursado en la categoría del estado civil*—5. *Las limitaciones del concursado y la prodigalidad*—6. *Las características definatorias de la incapacidad de obrar*
 - IV. LA IMPOSIBILIDAD DE INCARDINAR LAS LIMITACIONES DEL CONCURSADO EN LA CATEGORÍA DE LA INCAPACIDAD DE OBRAR—1. *La intervención y la suspensión en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes*—2. *La limitación del ejercicio de acciones personales con trascendencia patrimonial*
 - V. CONCLUSIONES
-

I. INTRODUCCIÓN

Desde los albores de la Codificación los ordenamientos han venido excluyendo al deudor concursado del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de sus bienes automáticamente con la apertura del concurso¹. Esta medida –conocida generalmente por influencia del Derecho francés como *desapoderamiento*– sigue siendo utilizada por los sistemas de nuestro entorno cultural para garantizar a los acreedores que no desaparecerán los bienes destinados a su satisfacción mientras se tramita el procedimiento concursal. Pero, junto a ella, la legislación posterior a los Códigos regula otros procedimientos concursales, con diferentes presupuestos objetivo y subjetivo y en ocasiones también con distinto alcance (el concordato preventivo, la *liquidation* judicial, la suspensión de pagos, etc.), que sólo privarán al concursado del ejercicio de algunas facultades patrimoniales o que no le privarán del ejercicio de ninguna de ellas y que únicamente someterán dicho ejercicio al control, con mayor o menor alcance, de los órganos concursales (surge así el llamado desapoderamiento atenuado o parcial, la asistencia del deudor, etc.)². El Derecho español no es ajeno a esta tendencia:

¹ Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho romano a la Codificación», *ADCo*, núm. 4 (2005), pgs. 315 y ss.

² Así, en el Derecho italiano, la Ley de 24 de mayo de 1903, que regula para el deudor honesto el *concordato preventivo* con el fin de evitar la quiebra (y sus graves efectos), dispone que «durante el procedimiento de concordato preventivo, el deudor conserva la administración de sus bienes y prosigue todas las operaciones ordinarias de su industria y de su comercio con la vigilancia del comisario judicial y bajo la dirección del juez delegado» (art. 8) y que los actos por los que el deudor contrae mutuos, incluso bajo forma cambiaria, transige, compromete, enajena o hipoteca bienes inmuebles o constituye prendas deben ser realizados con autorización del juez delegado, el cual la otorgará sólo en los casos de necesidad o utilidad evidente, y que los actos de esta naturaleza realizados sin la citada autorización son ineficaces respecto de los acreedores [art. 9: v. BONELLI, *Del fallimento (Commento al Codice di Commercio)* (2ª ed.), III, Milano, 1923, pgs. 480 y ss.]; regulación que acogerá posteriormente en términos parecidos la *Legge fallimentare* de 1942, tanto para el deudor sometido al concordato preventivo [art. 167: v. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, en *Commentario Scialoja-Branca Legge fallimentare*, a cura di Bricola-Galgano-Santini, Bologna-Roma, 1979, pgs. 188 y ss.; LO CASCIO, *Il concordato preventivo* (4ª ed.), Milano, 1997, pgs. 345 y ss.] como para el incurso en el procedimiento de administración controlada (art. 188: v. BONSIGNORI, *Amministrazione controllata*, en el mismo *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, pgs. 92 y ss.).

También el Derecho francés ha experimentado una importante evolución que se caracteriza por la diversificación de procedimientos, en un primer momento en función del comportamiento del deudor y, tras la reforma de 1967, en atención a la situación económica de la empresa. En efecto, la Ley de 4 de marzo de 1889 crea (al lado del tradicional procedimiento de quiebra) el procedimiento de *liquidation judiciaire*, una suerte de «quiebra atenuada» para los deudores de buena fe, que dejaba al deudor al frente de la administración de los bienes con la asistencia del liquidador. Posteriormente, el Decreto de

los Códigos (mercantiles, civiles y procesales) separaban igualmente a los deudores incursos en un procedimiento concursal (de quiebra o de concurso) de la administración y de la disposición de los bienes automáticamente con la declaración judicial de apertura del procedimiento concursal (arts. 1035-1036 CC de 1829; 878 CC de 1885; 1914 CC; 1161 LECiv de 1881). Pero ya durante la vigencia del Código de 1829 se dictaron normas especiales, que regulaban un procedimiento de suspensión de pagos para las compañías de ferrocarriles que no pudieran cubrir sus obligaciones, como procedimiento previo a la quiebra, que paralizaba las acciones indivi-

20 de mayo de 1955 sustituye el procedimiento de liquidación judicial por el de *règlement judiciaire*, aplicable a todos los comerciantes honestos y dirigido a la celebración de un convenio, y que deja igualmente al deudor al frente de la administración de sus bienes bajo la asistencia del síndico para todos los actos de gestión y de disposición de los bienes. La quiebra sigue subsistiendo para los comerciantes indignos, que quedan desposeídos de la administración de sus bienes y conduce a la liquidación de su patrimonio (art. 473 CC, que incorpora la reforma de 1955). La Ley de 13 de julio de 1967, inspirada en la idea de la distinción «entre el hombre y la empresa», contempla también dos procedimientos, el de *règlement judiciaire* y el de liquidación de bienes –que viene a sustituir a la quiebra–, pero la opción por uno u otro no viene determinada ya por la conducta del deudor, sino por criterios económicos: el *règlement judiciaire* está reservado a las empresas susceptibles de recuperación y la sentencia que lo pronuncia «comporta, de pleno derecho, a partir de su fecha, la asistencia obligatoria del deudor por el síndico para todos los actos relativos a la administración y a la disposición de sus bienes» (art. 14.1), mientras que la liquidación está orientada a la liquidación del activo, es aplicable a las empresas económicamente condenadas y la sentencia que la declara «comporta, de pleno derecho, a partir de su fecha, *dessaisissement* para el deudor de la administración y de la disposición de sus bienes» (art. 15). Por su parte, la Ordenanza de 23 de septiembre de 1967, dirigida a facilitar la recuperación económica y financiera de determinadas empresas, prevé un procedimiento de *suspension provisoire des poursuites* y atribuye al tribunal la facultad de determinar si el curador sustituirá al deudor, como en la liquidación de bienes, si le asistirá, como en el *règlement judiciaire*, o se limitará a controlar su actividad (art. art. 13: (v. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, Paris, 1952, pgs. 1068 y ss.; LABRUSSE, «L'évolution du droit français de la faillite depuis le code de commerce», en RODIÈRE (dir.), *Faillites*, Paris, 1970, pgs. 12 y ss. y 24 y ss.; MAURY, «Le dessaisissement et les interdictions produites par le jugement», en RODIÈRE (dir.), *Faillites*, Paris, 1970, pgs. 245 y ss.; TREILLARD, «Le dessaisissement ou les interdictions résultant du jugement», en RODIÈRE (dir.), *Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé*, Paris, 1976, pg. 80; RIPERT/ROBLLOT, *Droit commercial* (16ª ed.), II, Paris, 2000, pgs. 789 y ss., y, recientemente, entre nosotros, GONDRA, «Convenio y reorganización en la nueva Ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a M. Olivencia*, 4, Madrid-Barcelona, 2005, pg. 4584.

En fin, en el Derecho alemán, la *Vergleichsordnung* de 1935 regula –siguiendo la línea iniciada por otras normas anteriores, de 1914, 1916 y, sobre todo, de 1927– el procedimiento de concordato preventivo para los deudores *vergleichswürdige* (parágrs. 17 y 18). El deudor sometido al procedimiento de *Vergleich* continúa al frente de su patrimonio y de su empresa bajo la vigilancia del administrador y del juez ; el deudor sufre algunas limitaciones del poder de contraer determinadas obligaciones y del poder de gestión (art. 57), pero sólo quedará limitado en el ejercicio de la facultad de disposición en la medida en que el juez, de oficio o a instancia de determinados sujetos, así lo establezca de forma expresa [parág. 58: v. BAUR/STÜRNER, *Insolvenzrecht* (3ª ed.), Heidelberg, 1991, pgs. 10 y 311 y ss.; BLEY/MOHRBUTTER, *Vergleichsordnung. Grosskommentar* (4ª ed.), I, Berlin-New York, 1979, pgs. 765 y ss.].

duales de los acreedores, pero que no suponía el desapoderamiento de la compañía, aunque sí la sometía a determinadas limitaciones³. Será, sin embargo, la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 la que establecerá la intervención para los deudores sometidos al procedimiento de suspensión de pagos: el empresario suspenso sigue al frente de «la administración de sus bienes y (de) la gerencia de sus negocios» con las limitaciones que establezca el juez; pero en tanto éste no se pronuncie el deudor necesita el acuerdo de los interventores para realizar pagos y cobros, para asumir obligaciones y celebrar contratos y, en general, para realizar actos de administración y de disposición; el juez puede limitar las facultades patrimoniales del concursado en la forma que considere conveniente llegando incluso «hasta la suspensión y sustitución del deudor» (v. arts. 4 y 6 LSP)⁴.

En las leyes concursales más recientes, que prevén un único procedimiento de concurso, su apertura puede llevar aparejada la privación del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes o simplemente el sometimiento de ese ejercicio al control (con mayor o menor intensidad) de los órganos concursales. Este es el criterio adoptado también por la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, que sanciona la intervención o la suspensión del concursado en el ejercicio de los derechos patrimoniales: «en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y de 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), mientras que «en caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales» (art. 40.2). En el ámbito procesal, la intervención supone que el deudor «conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios» (art. 51.3), así como para «interponer demandas o recursos» (art. 54.2). La suspensión, en cambio, comportará la sustitución del deudor por la administración concursal en los

³ Se trataba de la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre quiebra de las compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas, cuyo artículo 11 establecía que «la declaración de suspensión de pagos trae consigo la paralización de los procedimientos ejecutivos y de apremio; obliga a las compañías a consignar en las Cajas de Depósito del Gobierno o Bancos los sobrantes, después de cubrir sus gastos de administración, explotación y construcción» (v. OLIVENCIA, «La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio», en *Centenario del Código de Comercio*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pgs. 355 y ss.).

⁴ V., por todos, TORRES DE CRUELS, *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957 pgs. 229 y ss.; FERRER, «La intervención de las operaciones del deudor en los procedimientos de suspensión de pagos», *Rev. Der. Proc.*, 1961, pgs. 79 y ss.; SAGRERA, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, I, 2ª. ed., 1989, pgs. 586 y ss.; ROJO, «La declaración judicial de la suspensión de pagos», *Cuadernos de Derecho judicial. Derecho concursal*, Madrid, 1992, pg. 130.

procesos en trámite (art. 51.2) y la atribución a ésta de la «la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal» (art. 54.1)⁵.

Ahora bien, la Ley Concursal no se conforma con esas limitaciones al ejerci-

⁵ También en otros ordenamientos se prevé, junto a la tradicional privación del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer, la posibilidad de que el deudor conserve el ejercicio de dichas facultades con limitaciones. En este sentido, y por citar sólo las normas más próximas, la *InsO* alemana declara que «por la apertura del procedimiento concursal el derecho del deudor a administrar y a disponer del patrimonio integrante de la masa de la insolvencia pasa al administrador de la insolvencia» (parág. 80) y si el deudor dispone de un bien de la masa, la disposición es ineficaz (parág. 81.1: v. UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung. Kommentar* (12ª ed.), München, 2003, parágs. 80 y 81). Pero la *InsO* contempla también la *administración por el propio deudor (Eigenverwaltung)*: el juzgado de la insolvencia puede acordar la administración por el deudor cuando lo solicite el mismo y no se oponga el acreedor instante del concurso (en el supuesto de que el concurso sea declarado a petición de un acreedor) y sea previsible, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, que la administración por el deudor no ocasionará perjuicios a los acreedores; si el juez decide la *Eigenverwaltung* el concursado puede administrar y disponer de la masa de la insolvencia bajo la vigilancia de un síndico; el deudor no puede asumir obligaciones cuando el síndico se oponga a ello, ni realizar pagos o cobros dinerarios cuando el síndico se haya reservado la realización de estos actos, así como tampoco celebrar sin su autorización los negocios que haya determinado el juez a petición de la junta de acreedores; el deudor debe también solicitar la autorización de la comisión de acreedores cuando el acto jurídico a realizar tenga una particular importancia para el procedimiento de insolvencia, etc. (parágs. 270 y ss.: v. KOCH, *Die Eigenverwaltung nach der Insolvenzordnung*, Frankfurt a. M., 1998; SCHLEGEL, *Die Eigenverwaltung in der Insolvenz*, Berlin, 1999). Siguiendo al Derecho alemán, el Código de la Insolvencia y de la Recuperación de Empresas portugués de 2004 establece también que la declaración de insolvencia priva al deudor inmediatamente de los poderes de administrar y de disponer de los bienes de la masa (art. 81); pero contempla igualmente la *administración por el propio deudor* cuando en la masa esté comprendida una empresa (arts. 223 y ss.). En el supuesto de que se acuerde la administración por el deudor, éste queda sometido a la fiscalización del administrador de la insolvencia y sufre determinadas limitaciones en sus poderes de actuación: en el marco de la gestión corriente no debe contraer obligaciones con la oposición del administrador, en el de la administración extraordinaria no puede hacerlo sin su consentimiento, etc. (art. 226). Finalmente, la Ley francesa de 1985 (modificada en 1994) reserva la privación del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer (el denominado desapoderamiento) para los casos de apertura de la liquidación (art. 152). Tras la apertura del concurso y durante el período de observación del régimen general «el deudor continúa ejerciendo las facultades de administración y de disposición, así como los derechos y acciones que no sean comprendidos en la función del administrador» (art. 32); pero el ámbito de los poderes del deudor depende de las funciones que se atribuyan por el tribunal al administrador, que pueden ir desde la simple *vigilancia* del deudor, a la *asistencia* del mismo o incluso, cuando las circunstancias lo exijan, el administrador puede ser encargado, total o parcialmente, de asegurar la administración de la empresa y de *representar* al deudor (art. 31). En el régimen simplificado, aplicable a las pequeñas empresas, la situación del deudor depende de si el tribunal considera necesario o no nombrar un administrador; si entiende que no es preciso nombrarlo, la actividad es continuada por el deudor por sí solo con algunos límites; en el caso de que considere necesario nombrar un administrador, el deudor puede ser desapoderado y representado por el administrador o simplemente asistido por él [art. 141: v. RIPERT/ROBLOT, *Traité*, II, pgs. 964 y ss.; DERRIDA/GODE/SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises* (3ª ed.), Nice, 1991, pg. 244].

cio de los derechos patrimoniales, que afectan a la eficacia de los actos realizados (v. art. 40.7 LC), sino que establece también limitaciones al ejercicio de determinados derechos personales, cuando pueda tener consecuencias sobre el patrimonio destinado a la satisfacción de los acreedores. En la sección dedicada a los *efectos sobre las acciones individuales* dispone que, en caso de suspensión en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa, el ejercicio de las acciones personales corresponderá al propio deudor, quien, no obstante, precisará la *conformidad* de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio (arts. 54.1 y 2); conformidad o autorización que se exige también con carácter general en el caso de intervención para que el deudor pueda desistir, allanarse y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio (art. 51.3), así como para interponer demandas o recursos que puedan afectarle igualmente (art. 54.2)⁶. En definitiva, en el ámbito procesal, el deudor (intervenido o suspendido en el ejercicio de los derechos patrimoniales) necesita la *conformidad* de la administración concursal para el ejercicio de acciones personales que puedan afectar al patrimonio concursal⁷. Entre las limitaciones al ejercicio de los

⁶ En el supuesto de que se ejerciten con posterioridad a la declaración de concurso acciones contra el concursado ante los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo, social o penal que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor los jueces o tribunales de los citados órdenes emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa si se personase (art. 50.2). Lo que no dice la Ley es si la intervención de la administración concursal excluye al concursado, para lo cual habrá que atender a la naturaleza de la acción ejercitada (patrimonial, personal o personal con trascendencia patrimonial).

⁷ No faltan autores que entienden que cualquier procedimiento judicial, con independencia de la naturaleza de la acción ejercitada, puede afectar siempre al patrimonio del concursado, en la medida en que podrá ser condenado a las costas, de modo que el concursado precisará siempre la autorización de la administración concursal para poder iniciarlo o ponerle fin (*cf.* MAIRATA, en PULGAR y otros (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, I, Madrid, 2004, pgs. 693-694). Sin embargo, la posibilidad de que el concursado sea condenado al pago de las costas no puede llevar a afirmar que el ejercicio de una acción personal requiere en todo caso la conformidad de la administración concursal. En primer lugar, porque entonces no sería necesario que la Ley hubiese limitado la exigencia de conformidad de la administración concursal al supuesto en que «la materia litigiosa afecte al patrimonio». En segundo lugar, porque la condena en costas puede no afectar al patrimonio concursal, si se compromete a pagarlas un tercero o incluso el propio concursado con los bienes integrantes de su patrimonio inembargable. En este sentido, hay que señalar que si en el ámbito de la intervención y de la suspensión el concursado puede intervenir en el proceso iniciado o continuado en ejercicio de una acción patrimonial por la administración concursal, pero sin afectar a la masa con las costas y gastos procesales (arts. 51.2.II y 54.3), no se entiende por qué no va a poder ejercer el concursado por sí solo una acción personal si no afecta a la masa. Además, repárese que para que el concursado pueda actuar procesalmente en el ámbito de la intervención y de la suspensión (personarse y defenderse en forma separada dice la Ley) no necesita la conformidad de la administración concursal. Esta actuación del concursado podría afectar también a su patrimonio por los gastos procesales que suponga y por la posible condena a las costas; pero eso no ha llevado al legislador a exigir la conformidad de la administración concursal a la actuación del concursado. Para solucionar el pro-

derechos patrimoniales y las de los derechos personales existe, pues, una diferencia fundamental: la limitación del ejercicio de los derechos personales no puede llegar a tener nunca la intensidad máxima prevista para la limitación del ejercicio de los derechos patrimoniales. El deudor puede estar suspendido en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes de la masa activa y ser sustituido por la administración concursal (art. 40 LC); en cambio, nunca podrá ser suspendido (a causa de la declaración de concurso) en el ejercicio de los derechos personales; a lo sumo, dicho ejercicio deberá ser autorizado por la administración concursal (art. 54.1, *in fine*)⁸. La Ley no prevé el mismo régimen (al menos de forma

blema, la Ley ha arbitrado otra solución: que el concursado «garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso» cuando la intervención tenga lugar en procesos pendientes al tiempo de la declaración de concurso (art. 51.2.II) y declarando, cuando se trate de procesos entablados por la administración concursal con posterioridad a la declaración de concurso, que «[l]as costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa» (art. 54.3). De ello puede extraerse la conclusión de que la posibilidad de que el concursado sea condenado al pago de las costas en un proceso de naturaleza no patrimonial no es suficiente para exigir la conformidad de la administración concursal al ejercicio de dicha acción por el concursado; simplemente las costas que se le impusieran no gravarían la masa (a no ser que pudieran encuadrarse en alguna de las categorías previstas por el art. 84.2); deberían satisfacerse con el patrimonio personal del concursado, tras la conclusión del concurso o por terceros. La conformidad de la administración concursal será necesaria cuando el ejercicio de la acción personal pudiera suponer para la masa obligaciones distintas de las del pago de las costas del proceso. Esta interpretación puede encontrar apoyo en la propia letra de la Ley, pues exige la conformidad de la administración concursal para que el concursado suspendido pueda interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir (de acciones de índole personal) y para que el intervenido pueda desistir, allanarse y transigir en los litigios que se encontraran en tramitación al tiempo de la declaración de concurso «cuando la *materia litigiosa* pueda afectar a su patrimonio» (arts. 54.1 *in fine* y 51.3), no cuando dicho patrimonio pudiera verse afectado por *las costas*, aunque también es verdad que en otro precepto (el 54.2) la Ley no alude a la «materia litigiosa» y se limita a señalar que es necesaria la conformidad de la administración concursal «para interponer demandas o recursos que puedan *afectar a su patrimonio*» (art. 54.2). También MARÍN, en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, I, Madrid, 2004, pg. 547, entiende que la Ley distingue acertadamente dos grupos dentro de las acciones de índole personal, en función de que la materia litigiosa pueda afectar o no al patrimonio del concursado.

⁸ Por esa razón, no puede compartirse la opinión de que la utilización de la fórmula «intervención o suspensión del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer» (art. 40 LC) «no tiene otro sentido que el de abarcar la práctica totalidad de los actos con trascendencia patrimonial del deudor» (*cf.* DÍAZ MORENO, «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a M. Olivencia*, II, Madrid, 2004, pg. 1854). Se trata de una afirmación peligrosa, porque podría llevar a resultados inaceptables y a establecer limitaciones a la actuación del concursado que no están ni en el espíritu ni en la letra de la Ley. Piénsese, por ejemplo, en la celebración de un contrato de trabajo por el concursado; es evidente que este acto tendrá consecuencias patrimoniales para el concurso (porque el salario del concursado integrará la masa activa del concurso en lo que exceda de la parte inembargable –art. 76–, y porque si no excede de la cuantía del salario inembargable puede afectar al derecho de alimentos que el

explícita) para el ejercicio, en el plano sustantivo, de los derechos personales que pueda afectar al patrimonio, quizás porque se centra, a la hora de articular los efectos del concurso para el deudor, en torno al ejercicio de las facultades de administración y de disposición del patrimonio concursal por considerarlo como el principal instrumento para cumplir el fin fundamental del concurso (lograr la mayor satisfacción posible de los acreedores). Pero parece razonable entender que la regla establecida para el ámbito procesal debe aplicarse igualmente a los actos personales que se realizan al margen del proceso y que afecten a la masa activa (p. ej., requerir la conformidad de la administración concursal para el reconocimiento de un hijo ante el encargado del Registro Civil, cuando dicho reconocimiento lleve aparejado un deber de alimentos a cargo del concursado)⁹.

II. LA INCARDINACIÓN DE LAS LIMITACIONES DEL CONCURSADO EN LA CATEGORÍA DE LA INCAPACIDAD DE OBRAR

1. Consideración general

Para la explicación de las limitaciones impuestas al concursado, y especial-

concurado esté recibiendo de la masa activa: art. 47), y, sin embargo, no puede mantenerse que debe ser celebrado por la administración concursal en caso de suspensión, pues es una cuestión que corresponde a la esfera personal del concursado. Con el empleo de la expresión «intervención o suspensión en el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre el patrimonio» no se pretende en ningún caso limitar la realización de la totalidad de los actos con trascendencia patrimonial del deudor, sino exclusivamente de los *estrictamente patrimoniales*. Buena prueba de ello la constituye, en primer lugar, tanto la rúbrica del artículo 40 (*Facultades patrimoniales del deudor*) como el texto del mismo (que constantemente alude al *ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes que integren el patrimonio*). Y, en segundo lugar, la circunstancia de que las limitaciones a los *actos y acciones personales con trascendencia patrimonial* se encuentra en otro lugar (especialmente, arts. 51.3 y 54.1 y 2) y en ningún caso pueden llegar a consistir en la suspensión o sustitución del deudor en el ejercicio de los derechos de que se trate (v. art. 54.1).

⁹ DÍAZ MORENO, *Estudios homenaje a Olivencia*, 2, pg. 1850, afirma que no «queda comprometida la eficacia de los negocios propios de derecho de familia que pueda realizar el concursado (matrimonio, adopción, etc...)», pero lo hace enfocando el tema desde la óptica del ejercicio de los derechos patrimoniales. Es evidente que las limitaciones sancionadas por el artículo 40 no se proyectan sobre los negocios de derecho de familia, porque dicho precepto sólo se refiere al ejercicio de los derechos patrimoniales; lo que sucede es que la Ley Concursal no trata las posibles limitaciones a los actos, negocios, derechos y acciones personales en el artículo 40, sino en los artículos 54.1 *in fine*, 54.2, 51.2 y 50.2. La Ley concursal incide en el ejercicio de los derechos del concursado de la siguiente manera: a) derechos patrimoniales: intervención o suspensión [art. 40); b) derechos personales: ejercicio por el deudor por sí solo; c) derechos personales con consecuencias patrimoniales: ejercicio por el deudor con la conformidad de la administración concursal. Cuestión distinta –y que no puede ser abordada aquí– es cuándo debe la administración concursal otorgar la conformidad y si tiene sentido exigir esta conformidad en todos los casos en los que el ejercicio de una acción personal pueda tener consecuencias patrimoniales distintas de la posible condena a las costas (v. gr., cuando la Ley indica que las

mente de aquella consistente en la privación del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa, se han elaborado numerosas construcciones y se han realizado importantes esfuerzos¹⁰, llegando incluso a provocar un cierto hastío o escepticismo en la doctrina y considerar que se trata de un *pseudo-problema*, pues el hecho de que estas limitaciones sean un fenómeno típico del procedimiento concursal y que sus efectos aparezcan determinados por la Ley hace innecesario recurrir a otras figuras jurídicas mejor perfiladas¹¹. Lo cierto es, sin embargo, que la delimitación de la figura y su calificación jurídica es, al menos entre nosotros, una cuestión de enorme trascendencia, teórica y práctica, que condicionará, sin duda alguna, la solución de problemas importantes que no están resueltos expresamente o que lo están de forma incompleta. Y, además, incluso ante aspectos resueltos expresamente por el legislador, la calificación de la institución servirá de ayuda en su interpretación para modularlos en atención a la específica función que deben cumplir¹². En este sentido, la calificación de las limitaciones va a influir de forma importante,

citadas consecuencias patrimoniales tienen la consideración de deudas de la masa), así como las consecuencias de la falta de conformidad de la administración concursal (sea porque no ha sido solicitada, sea porque es denegada por la administración concursal).

¹⁰ Las construcciones ensayadas por la ciencia jurídica con este fin son muy variadas y en ocasiones tratan no sólo de dar solución a la cuestión de la posición jurídica del concursado, sino también a otros temas centrales alrededor de los cuales gira toda la institución concursal e incluso al más general relativo a la naturaleza del concurso mismo (la teoría de la sucesión universal de los acreedores en el patrimonio del deudor, la de la pérdida de la propiedad por el concursado y la personificación del patrimonio concursal, la que concibe el desapoderamiento como secuestro conservativo y embargo general del patrimonio concursal, la que lo explica en base a la atribución de un derecho de prenda a los acreedores, etc.). Estas teorías han sido objeto de diversas clasificaciones, en función del aspecto considerado por cada una de ellas, siendo quizá las más representativas las que distinguen, de un lado, entre *teorías subjetivas* y *teorías objetivas* y, de otro, entre *teorías privatistas* y *teorías publicistas* (la primera clasificación procede, fundamentalmente, de las doctrinas italiana y mejicana: *vid.*, por todos, BONELLI, *Del fallimento*, I, pgs. 424 y ss.; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, I (2ª ed.), Torino, 1961, pgs. 356 y ss.; FERRARA/BORGIOI, *Il fallimento* (5ª ed.), Milano, 1995, pgs. 313 y ss.; RODRÍGUEZ, J., en las *Notas de Derecho mexicano* a la obra de TULLIO ASCARELLI, *Derecho mercantil*, México, 1940, pgs. 730 y ss. y BARRERA GRAF, *El desapoderamiento en la quiebra*, México, 1943, pgs. 46 y ss., y la segunda de la doctrina germánica: *vid.* SEUFFERT, *Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrech*, Nördlingen, 1888, pgs. 72 y ss. y la mayoría de ellas están hoy absolutamente superadas.

¹¹ Así, BONSIGNORI, «Aspetti sostanziali del fallimento e delle altre procedure concorsuali» en *Tratatto di diritto privato. Impresa e lavoro*, 18, IV, Torino 1983, pg. 481; Id., *Il fallimento*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (dir. por GALGANO), IX, Padova, 1986, pgs. 291 y ss.; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, I, Torino, 1994, pg. 243. Entre nosotros, COLINO, «Facultades patrimoniales del deudor» (Comentario al art. 40), en PULGAR y otros, *Comentarios a la legislación concursal*, I, Madrid, 2004, pgs. 596-597, señala también que «no parece que tenga mucho sentido abrir una disputa sobre su calificación o subsunción más o menos precisa en una u otra de las instituciones o categorías existentes». «La razón es –en su opinión– que no es necesario a los efectos de integrar el régimen jurídico del art. 40 LC».

¹² Como señala CANARIS, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Madrid, 1995 (trad. de Brückner y de Castro), pgs. 30 y ss., integrar una norma jurídica en un orden

por ejemplo, en el ámbito objetivo de las mismas. En efecto, si se considera que las limitaciones que padece el concursado constituyen una incapacidad –como viene haciendo una buena parte de la doctrina patria– quedarían afectados en todo caso los negocios del deudor dirigidos a la disposición de bienes integrantes de la masa activa (v. gr., la venta), pues la capacidad es un requisito del negocio (v. arts. 1261 y 1263 CC); en cambio, si se entiende que no se trata de una incapacidad, sino de una limitación que incide únicamente en el poder de disposición, el negocio, en sí mismo considerado, será perfectamente válido y producirá los efectos (obligacionales) que le son propios, porque el poder de disposición no es un requisito del contrato, sino del modo (art. 1160 CC) o, quizá más correctamente, de la transmisión¹³. Y la calificación de las limitaciones va a influir también de forma trascendental en las consecuencias de la vulneración de la intervención y de la suspensión, tema de gran importancia ante la insuficiencia del régimen de la «anulabilidad» previsto por el número 7 del artículo 40 de la Ley Concursal.

2. La tesis de la incapacidad del concursado

Entre las construcciones que se han ensayado para explicar las limitaciones que afectan a los deudores incursos en un procedimiento concursal ocupa un lugar destacado aquella que considera que los concursados están afectados de una incapacidad de obrar¹⁴. La concepción de la situación jurídica

más general puede influir en su interpretación; el jurista utiliza teorías para la obtención de reglas hasta entonces no formuladas.

¹³ Vid. MIQUEL, *La posesión de bienes muebles (estudio del art. 464.1 del Código Civil)*, Madrid, 1979, pgs. 352 y 355; ID., en PAZ-ARES y otros, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I (2ª ed.), Madrid, 1993, pgs. 1546-1547; ID., voz «Tradicición», *EJB*, IV, Madrid, 1995, pg. 6602; ID., «El registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1998 (núm. 1), pgs. 46 y ss.; CAÑIZARES, «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», *ADC*, 1991 (núm. XLIV), pgs. 1485 y 1489; CUENA, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, pgs. 237 y 527-528; PERDICES, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997, pgs. 39 y ss. y 108 y ss.; MARTÍNEZ FLÓREZ, *La inhabilitación del quebrado. Ámbito temporal*, Cizur Menor, 2002, pg. 79; LLEBOT, *Las garantías en los procedimientos concursales*, Madrid, 2002, pg. 47; GALLEGO, en HERNÁNDEZ MARTÍ (coord.), *Suspensión de pagos, quiebra e insolvencias punibles*, I, Valencia, 2001, pg. 315.

¹⁴ La tesis de la incapacidad del concursado ha sido mantenida también fuera de nuestras fronteras. Así, en la antigua doctrina germánica, FITTING, *Das Reichs-Konkursrecht und konkursverfahren*, Berlin, 1881, parág. 4, IV, posición modificada en sucesivas ediciones de la obra (vid. la 3ª ed., parág. 5, I, I). En el mismo sentido OETKER, *Konkursrechtliche Grundbegriffe*, I, Stuttgart, 1891, pgs. 51 y 423 y SCHULTZE, *Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen*, Berlin, 1880, pgs. 85 y ss. En la doctrina italiana, vid. SCALAMANDRE, *Commento del diritto commerciale italiano*, IV, Napoli, 1899, pgs. 43 y ss.; MARGHERI, *Diritto commerciale*, II, Roma, 1923, pgs. 389-390; CALVOSA, «Incapacità processuale del fallito», *Giur. Cas. civ.*, 1945, I, pgs. 143 y ss.; ANDRIOLI, voce «Fallimento (dir. priv.)», *Encicl. dir.*, XVI, 1967, pg. 385; PEZZANO, «Ancora in tema di capacità processuale del fallito», *BBTC*, 1972, II, pg. 549; BRACCI, *La posizione processuale del fallito e i poteri del curatore*, Milano, 1974, pgs. 11 y ss.; CHERCHIA, *Istituzioni di diritto privato* (16ª ed.), Padova, 1983, pgs. 48 y 50; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare* (5ª ed.), Milano, 1998, pgs. 210 y ss. En la francesa,

del quebrado y del concursado como incapacidad fue la mayoritariamente patrocinada por la doctrina y por la jurisprudencia española bajo el Derecho derogado¹⁵. Pero con ella no se pretendían explicar generalmente sólo las limitaciones que sufrían dichos sujetos en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes, sino, de una forma más general, el conjunto de limitaciones a que quedaban sometidos a causa de la apertura del procedimiento concursal y que le impedían actuar en determinados ámbitos (la inhabilitación para administrar y disponer de los bienes propios, la interdicción para ejercer el comercio, para administrar patrimonios ajenos, etc.). En este sentido, era prácticamente lugar común considerar que la exclusión del quebrado de la facultad de ejercer el comercio (art. 13.2º CCom) no era más que una manifestación concreta y una consecuencia de la inhabilitación para administrar y disponer de sus bienes, a la que se refería el artículo 878 del Código de Comercio¹⁶. Respecto de las limitaciones del suspenso, en cambio, estaba mucho menos extendida la idea de que afectarían a su capacidad de obrar¹⁷. También tras la nueva Ley Concursal

MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, II (2ª. ed.), Paris, 1874, pg. 305. En la argentina SATANOWSKY, *Estudios de derecho comercial*, II, Buenos Aires, 1950, pgs. 240 y ss.

¹⁵ V. *infra*, las notas siguientes. También la doctrina extranjera ha señalado que el artículo 878.I del Código de Comercio español establecía una incapacidad para el quebrado (así, BONELLI, *Del fallimento*, I, pg. 422 en nota; BARRERA GRAF, *El desapoderamiento*, pg. 45).

¹⁶ Así, textualmente, BENITO Y ENDARA, *Lecciones de Derecho mercantil con sujeción al programa oficial publicado en la Gaceta del 5 de agosto de 1889 para las oposiciones a la judicatura*, Madrid, 1889, pg. 367; GONZÁLEZ DE ECHAVARRI, *Comentarios al Código de Comercio*, I (2ª. ed.), Valladolid, 1933, pg. 105; URÍA, *Derecho mercantil* (28ª. ed.), Madrid, 2001, pgs. 155-156; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de derecho mercantil*, I (20 ed.), Madrid, 2000, pg. 80 y II, pg. 442; DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1972, pg. 59, e implícitamente GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II (8ª. ed.), Madrid, 1983, pues, aunque, en un principio, parece distinguir esas dos clases de limitaciones cuando afirma (p. 440) que la *inhabilitación* es cosa distinta de «aquellas prohibiciones o *interdicciones* fundadas en la pérdida de la confianza del deudor que la quiebra provoca» (prohibición de ejercer el comercio y de entrar en la Bolsa), posteriormente parece considerarlas como un todo unitario [p. 442, y también en *Comentario a la Ley de sociedades anónimas* (por GARRIGUES y URÍA), II (3ª. ed.), Madrid, 1976, pgs. 208-209]. Ese tratamiento unitario de todas las restricciones subyace también de modo bastante ostensible en el pensamiento de RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, 1969, pgs. 750 y ss. Más recientemente se ha pronunciado en el mismo sentido MAIRATA, «Los efectos del concurso en la Ley Concursal» en GARCÍA VILLAVARDE y otros (dir.), *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Paracuellos del Jarama, 2003, pg. 284. Y no faltaba tampoco quien mantenía la posición inversa: que la inhabilitación para la administración y disposición de los bienes era una consecuencia de la prohibición de ejercer el comercio [así, VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (3ª. ed.), Barcelona, 1990, pg. 859.

¹⁷ Aunque tampoco faltaban autores que entendían que el suspenso tenía limitada la capacidad de obrar (así, p. ej., entre los más recientes, ROJO, *Cuadernos de Derecho judicial* pg. 130, MARTORELL, «Algunas notas sobre la capacidad del suspenso para intervenir como parte en el proceso declarativo», en la misma obra, pg. 82; CORDÓN MORENO, *Comentarios a la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2004, pg. 345, y, según parece, GALLEGO, *La intervención judicial en la suspensión de pagos*, Valencia, 1999, pg. 377). Esta idea es la que late también en el pensamiento de PÉREZ DE LA CRUZ, «Luces y sombras en la legislación española sobre suspensión de pagos», *Estudios jurídicos en homenaje al prof. A. Menéndez*, III, Madrid, 1996,

un sector importante de la doctrina sigue afirmando –generalmente sin demasiadas explicaciones– que el concurso incide en la capacidad de obrar del deudor¹⁸. Ahora bien, bajo el nuevo Derecho, la institución de la incapacidad de obrar podría servir únicamente para explicar las limitaciones al ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa (arts. 40 y 44) y las limitaciones al ejercicio de las acciones personales que tengan trascendencia patrimonial (arts. 51 y 54), puesto que el resto de limitaciones que impedían al concursado actuar con eficacia jurídica en determinados ámbitos (la inhabilitación para ejercer una actividad empresarial, para administrar patrimonios ajenos, etc.) han quedado reservadas, en la Ley Concursal, para los casos en los que el concurso se califique como culpable (art. 172.2.2 LC; art. 13-2º CC, etc.), en los que tendrán la consideración de sanción (con los fines punitivos y preventivos típicos de las sanciones)¹⁹.

pg. 3613, cuando afirma que los interventores complementan la capacidad de obrar del suspenso.

¹⁸ En este sentido, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, en Jiménez (coord.), *Derecho mercantil* (8ª ed.), Barcelona, 2003, pg. 866, afirma que «la suspensión y, en menor medida e intensidad, la intervención, suponen una limitación de la capacidad de obrar del deudor; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, «Los efectos personales del concurso» y «Los efectos de la declaración del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor», en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid-Barcelona, 2004, pgs. 188 y ss. y 202, donde trata de los efectos del concurso sobre la capacidad de obrar del deudor y afirma que «la declaración de concurso se proyecta asimismo sobre la capacidad de obrar del concursado, desde el momento en que ve suspendidas o intervenidas, según los casos, sus facultades de administración y de disposición de su patrimonio»; MAIRATA, en GARCÍA-VILLAVARDE y otros (dir.), *Derecho concursal*, pg. 282, habla igualmente de «imposición de determinadas restricciones a su capacidad personal, que afectan tanto al poder de administrar su patrimonio, como a su libertad personal»; también BERCOVITZ R. se inclina por la limitación de la capacidad de obrar del concursado persona física; en cambio, cuando el concursado es una persona jurídica o una persona física previamente incapacitada considera que no cabe hablar de incapacitación, sino de limitación de la legitimación de los representantes (en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, I, Madrid, 2004, pgs. 358-360); GUILARTE MARTÍN-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, III, Valladolid, 2004, pg. 2937, se refiere asimismo a las restricciones a la capacidad de obrar que experimenta el concursado por virtud del artículo 40 de la LC; v. también de la misma autora el comentario al artículo 40, tomo I, pgs. 685 y 694, entre otras, donde se refiere respectivamente a la afectación de la *capacidad patrimonial* del deudor y afirma que «la limitación de carácter patrimonial que afecta al concursado (...)», «técnicamente, le impide cumplir con la exigencia de disfrutar de la plena capacidad de obrar» (la cursiva es nuestra); VILLORIA y otros, *Dossier Práctico Francis Lefevre. Reforma concursal*, Madrid, 2003, pg. 261, donde afirman que «la declaración de concurso sí conlleva la imposición al concursado de una limitación a su capacidad de obrar. Se trata, en todos los supuestos, de restricciones a la capacidad de obrar del concursado (“incapacidades”)»; CORDÓN MORENO, *Comentarios*, pgs. 344 y ss., habla también de limitación de la capacidad de obrar del deudor; LÓPEZ SÁNCHEZ, «Los efectos de la declaración de concurso (Una primera aproximación a la disciplina contenida en la Ley 22/2003, de 9 de julio)», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a M. Olivencia*, Madrid, 2004, pg. 2022, afirma que la declaración de concurso «afecta también a la capacidad del deudor para actuar en juicio como sujeto activo».

¹⁹ La incapacidad de obrar, en cambio, no serviría para explicar otros efectos que acarrea el concurso al deudor y que no se traducen en exclusiones o limitaciones, sino

La tesis de la incapacidad del deudor sometido al concurso no tiene, sin embargo, una única manifestación. En efecto, junto a aquellos autores y resoluciones que se limitan a calificar las limitaciones que se imponen a dicho sujeto como incapacidad sin más²⁰, existen otros (la mayoría) que tratan de poner de manifiesto algunas peculiaridades de esta incapacidad.

2.1. La tesis de la limitación de la capacidad de obrar con especialidades

En un primer grupo puede incluirse a todos aquellos que, con distintos matices, entienden que las limitaciones que sufre el concursado no pueden encajarse plenamente en la institución de la incapacidad de obrar, tal y como ha sido concebida en las distintas épocas por el Derecho civil, pero *inciden de forma importante en la capacidad de obrar del deudor*. Ahora bien, dentro de esta corriente puede distinguirse, a su vez, diversas orientaciones.

Entre las más tempranas destaca la que considera que la «inhabilitación del quebrado» y la «incapacitación del concursado» no son una incapacidad absoluta, sino una *incapacidad limitada* a las relaciones patrimoniales comprendidas en la quiebra o concurso. Se habla, en este sentido, de incapacidad relativa, limitada, atenuada o parcial (*partielle Entmündigung*)²¹. El que-

en obligaciones positivas, en obligaciones de hacer (v. gr., los deberes de comparecencia, colaboración e información: arts. 42 y 45 LC), pues, como se verá con más detenimiento con posterioridad, el ámbito de la capacidad y de la incapacidad de obrar es el de la actuación o no con eficacia jurídica (v. *infra*, pgs. 105 y ss.). Y tampoco serviría, como es obvio y por las mismas razones, para explicar las limitaciones de los derechos fundamentales que puede acordar el juez durante la tramitación del procedimiento concursal: la entrada y registro del domicilio, la intervención de las comunicaciones y la obligación de residencia y el arresto domiciliario (v. art. 1 LORC).

²⁰ V., p. ej., JARDI, «La nulidad de los actos y contratos del quebrado por retroacción de los efectos de la declaración de quiebra», *RDP*, 1940, pgs. 175 y ss.; ROCA SASTRE, «Imperfecciones hipotecarias», *Información Jurídica*, 1951 (núms. 98-99), pgs. 744 y ss.; RIVES Y MARTÍ, *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, II (3ª. ed.), Madrid, 1954, pg. 506; DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho mercantil*, I (2ª. ed.), Madrid, 1977, pg. 59; ID., «Estudio sobre la representación legal en derecho mercantil», *Escritos en homenaje al Prof. Prieto Castro*, I, Madrid, 1976, pg. 331, respecto del quebrado; en cambio, niega que el suspenso quede incapacitado para la administración de los bienes (v. pg. 332); PUIG PEÑA, *Compendio de derecho civil español*, I (2ª. ed.), Pamplona, 1972, pg. 322; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, I, 2 (14ª. ed.), Madrid, 1984, pg. 232 en relación con la 255; SASTRE PAPIOL, «Aspectos de Derecho concursal y seguridad del crédito territorial (La retroacción de la quiebra y sus efectos sobre las hipotecas)», *RGD*, 1993 (núm. 588), pgs. 8704-8705. Entre las sentencias del Tribunal Supremo pueden verse las de 13.5.1927, *Jur. civ.*, 1927, III, pgs. 186 y ss.; de 26. 12.1928, *Jur. civ.*, 1928, VII, pgs. 801 y ss.; de 13.2.1960, *Jur. civ.*, 1960, II, pgs. 371 y ss.; de 29.10.1962, *Ar.* 4106. Otras sentencias más recientes parten también de la incapacidad del quebrado, afirmando que «el suspenso no queda incapacitado para obrar como sucede con los quebrados» (v. STS de 18.12.1995 [1ª], *Ar.* 9148).

²¹ *Vid.*, especialmente, OEKTER, *Konkursrechtliche*, I, pgs. 51 y 423; MASSE, *Le droit*, II, pgs. 356 y 367; ANDRIOLI, *Encicl. dir.*, XVI, pg. 385. En la doctrina española, la idea de la incapacidad limitada parece subyacer ya en los autores bajo la vigencia del Código de Sainz de Andino (así, p. ej., GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, pgs. 26-27, afirma que «esta inhabilitación en que se constituye el quebrado no es absoluta, sino *relativa* a los bienes que estén sujetos al pago de sus deudas y no debe confundirse con

brado y el concursado están incapacitados para actuar sobre el patrimonio concursal y para desarrollar las actividades y funciones previstas por la ley, pero no están, en general, incapacitados para contratar y obligarse. Así se deduce con meridiana claridad tanto de las normas concursales de la época de la Codificación como del Derecho vigente. Los concursados no pueden realizar (o no por sí solos) actos que afecten a los bienes integrantes de la masa activa, mas conservan su capacidad para realizar otros actos jurídicos: contraer obligaciones de hacer, de no hacer e incluso de dar con tal de que no afecten a la masa activa²². Y, del mismo modo, tienen capacidad procesal

la interdicción civil, suponiéndolo enteramente incapacitado para contratar»; también GÓMEZ DE LA SERNA/REUS GARCÍA, *Código de Comercio concordado y anotado* (3ª. ed.), Madrid, 1859, pg. 327, señalan que «no es esta inhabilitación la interdicción civil, porque *deja al que la sufre capacidad en los efectos civiles*» (la interdicción civil era una pena introducida por el Código Penal de 1848-50 que trataba de llenar el vacío existente como consecuencia de la desaparición de la pena de infamia del Código Penal de 1822 y en virtud de ella «se priva al penado mientras la está sufriendo del derecho de patria-potestad, de la autoridad marital, de la administración de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos: *vid.* TERUEL CARRALERO, voz «Interdicción civil», *NEJ (Seix)*, XIII, pg. 188) y en el mismo sentido MARTÍ DE EIXALÀ, *Instituciones de derecho mercantil de España* (7ª. ed.), Barcelona, 1875, pg. 506) y también bajo el Código de 1885 y el Código Civil (*vid.* MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, XII, Madrid, 1907, pgs. 657 y ss.; PLAZA, *Derecho procesal civil español*, II, Madrid, 1942, pg. 663; PACHECO, *Capacidad y legitimación*, Barcelona, 1953, pgs. 124 y ss.; VICENTE Y GELLA, *Curso de derecho mercantil comparado* (4ª. ed.), Zaragoza, 1960, pg. 709; VACAS MEDINA, «Consideraciones sobre el juicio universal de quiebra (III)», *RDProc.*, 1955 (núm. 11), pgs. 79-80; GONZÁLEZ AGUADO, «La declaración de quiebra: efectos, calificación, operaciones y terminación del juicio», *Pretor*, 1973 (núm. 74), pgs. 179 y ss.; MIGUEL Y ALONSO, voz «Legitimación procesal», *NEJ(Seix)*, XV, pg. 61; PRIETO CASTRO, *Derecho concursal. Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares* (2ª. ed.), Madrid, 1986, pg. 40; GULLÓN, en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXIV, Madrid, 1984, pgs. 669 y 671; RAMÍREZ, *La quiebra (Derecho concursal)*, II, Barcelona, 1959, pgs. 35 y ss.; CÓRTEZ DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil. Parte especial* (2ª. ed.), Madrid, 2000, pg. 224). Hay que señalar, sin embargo, que, frente a esta concepción, no faltan autores que señalan que la quiebra «significa la incapacitación total del quebrado» (SAGRERA, *Comentarios*, I, pg. 588), pero lo cierto es que tal afirmación se realiza para contraponer la situación de dicho sujeto a la del suspenso, que sigue actuando bajo el control de los interventores. Una crítica a esta forma de concebir la incapacidad del quebrado como limitada puede verse ya en BONELLI, *Del fallimento*, I, pg. 562 en nota, para quien es un absurdo lógico hablar de *incapacidad limitada*, porque la capacidad es una cualidad absoluta, no relativa, afirmación de debería ser matizada actualmente a la vista de la regulación de la incapacidad de obrar en nuestro ordenamiento (v. *infra*).

²² En las Leyes y Códigos del siglo XIX se recogía ya claramente la limitación de la «incapacitación» del deudor incurso en un procedimiento concursal. En este sentido, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 señalaba que quedaban a disposición del concursado (y, por lo tanto, excluidos de las limitaciones) los bienes exceptuados del embargo por el artículo 1449 de la misma (art. 1174.II). Y el Código de Comercio de 1829 permitía incluso que los síndicos emplearan al quebrado que estuviera en libertad en los trabajos de administración y liquidación de la quiebra bajo su dependencia o responsabilidad (art. 1092). Y, desde luego, en todas las normas –sustantivas y procesales– de la época se reconocía la capacidad del deudor sometido al procedimiento concursal para intervenir en el propio juicio de quiebra y de concurso en numerosas actuaciones (v. p. ej., para proponer un convenio: art. 898 CC.; para impugnar las cuentas que den los síndicos de su administración: art. 1364 LECiv; para ejercitar acciones contra los síndi-

para ejercitar las acciones relativas a su patrimonio personal (v. gr.: para entablar una acción dirigida a reclamar la parte inembargable del salario: art. 76.2 LC) y a sus derechos personales (art. 54.1 LC); e incluso para intervenir en el procedimiento de concurso en los casos en que la Ley se lo permite expresamente (v. gr., para proponer un convenio: art. 104 LC; para impugnar las cuentas de la administración concursal: art. 181.2 LC, etc.)²³.

Junto a la anterior, se sitúa otra orientación que califica las limitaciones que

cos por los daños y perjuicios causados a la masa por culpa o dolo: art. 1365 LECiv; para la elaboración del balance: art. 1060 C. de c. de 1829; para asistir a la junta de acreedores: art. 1065 C. de c. de 1829, etc.). Incluso la doctrina bajo el Código de 1829 reconocía claramente la capacidad de obligarse del quebrado (así, GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado*, pg. 27 en nota, afirmaba que el quebrado puede contraer «obligaciones válidas para ser cumplidas con lo que le quede o adquiera después de pagar a los acreedores»).

²³ La idea de que la incapacidad procesal del quebrado y del concursado es *limitada* constituye también doctrina reiterada del Tribunal Supremo. Así, la sentencia de 28.6.1898 declara que el «concurrido carece de personalidad o de capacidad civil, por razón de su estado, para entablar acciones con independencia del concurso que puedan afectar al mismo (...) *aun cuando no sea absoluta la incapacidad del concursado, pudiendo defender sus derechos personales* frente de los del concurso y cualesquiera otros desligados de los intereses de éste». La de 3.10.1902 afirma que «*la incapacidad del quebrado no es absoluta* para personarse en juicio, conforme al artículo 2 de la Ley procesal en relación con el artículo 878 del Código de Comercio que la limita a los actos de administración y de dominio»; la de 20.12.1952, *Jur. civ.*, 1952, IV, pgs. 973 y ss., entiende, de forma análoga, que «*la restricción a la capacidad jurídica no es absoluta*, sino que se centra al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones que, por su finalidad o por su origen, tengan su objeto en el acervo patrimonial que ha de constituir la masa de bienes sobre la que opera la quiebra. Por virtud de la declaración de quiebra no quiso la Ley anular en su aspecto procesal la personalidad del quebrado, sino que cuando se trata de la defensa de derechos de naturaleza no patrimonial o del cumplimiento de obligaciones de la misma índole, puede el quebrado comparecer en juicio como actor o demandado que es lo que acaece en el caso presente»; la de 30.6.1978 (RJ 1978, 2629) declara igualmente que nada impide «en el ámbito jurídico que al quebrado *se le reconozca capacidad procesal para el ejercicio de los derechos no afectados por esa limitación de su poder patrimonial*». Incluso aquellas sentencias que afirman que «queda el deudor incapacitado en absoluto y sin limitación alguna» se ven obligadas a precisar que se trata de una incapacidad «para la administración de sus bienes, careciendo, por tanto, de facultad para ejercitar toda gestión correspondiente a la misma, y menos la de disponer de ellos» (así, la STS de 12.6.1912, *Jur. civ.*, 1912, II, pgs. 635 y ss.) (la cursiva es nuestra). La idea de la incapacidad limitada es la que luce igualmente en otras sentencias más recientes, que insisten en que la inhabilitación para la administración de los bienes de la masa priva al quebrado únicamente «de capacidad para comparecer en juicio *en relación a dichos bienes*» (SSTS de 7.02.1994 [RJ 1994, 914]; de 26.05.1998 [RJ 1998, 4002] y de 25.03.2003 [RJ 2003, 2926], esta última señala que «hay que concluir, de acuerdo con un sector mayoritario de la doctrina, que el deudor no está capacitado procesalmente para todos los pleitos entablados antes o después de la declaración de insolvencia que afecten a los bienes de la masa, lo que a *sensu contrario* se traduce en que sí se encuentra capacitado para intervenir respecto aquellos otros bienes que no pertenecen a aquélla»; en este caso se admitió la «capacidad» del quebrado para intervenir en un procedimiento de ejecución hipotecaria del art. 131 LH y, consecuentemente, para que le fuera notificada la subasta del bien, argumentando que como dicho bien se encontraba fuera de la masa de la quiebra, la notificación de la subasta debía haberse realizado al quebrado (trámite que había sido omitido en el procedimiento de ejecución hipotecaria).

afectan al deudor incurso en un procedimiento concursal como *incapacidad especial*, en la que parece latir también la idea de la incapacidad *limitada* o *atenuada*²⁴.

Y, finalmente, y no muy lejano de los anteriores, se encuentra otro sector doctrinal y jurisprudencial que trata de poner de manifiesto, por diversas vías, la *proximidad de la situación del concursado con la del incapacitado*, señalando que, sin ser un caso de verdadera incapacitación, la situación del concursado *se asemeja* a la incapacidad o a una *cuasi-incapacidad*²⁵, que es una *cuasi-incapacidad*²⁶, o un supuesto de *modificación o restricción de la capacidad de obrar*, establecida en beneficio de los acreedores²⁷, tesis esta última que po-

²⁴ Vid. VICENT CHULIÁ, «El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma», *RJC*, 1979, pg. 675 para quien la inhabilitación determina una especial incapacitación [sin embargo, en el *Compendio crítico*, II, pg. 860, mantiene que el quebrado no es un incapaz, puesto que no figura entre quienes no pueden prestar consentimiento]. Tras la Ley Concursal, también BERCOVITZ R. separa claramente la incapacitación de la que llama limitación de la capacidad del concursado persona física, considerando que la que afecta a éste es una incapacitación peculiar que se encuentra estrictamente circunscrita a la gestión del patrimonio relevante para el concurso, por lo que no existe base para entender que el concursado está sometido a una incapacitación general (en BERCOVITZ (dir.), *Comentarios*, I, pg. 359). Sin entrar todavía a valorar si las limitaciones del concursado pueden ser consideradas o no como verdadera incapacidad, debe anticiparse ya que su calificación como «incapacidad especial» con el fin de distinguirla de la incapacitación regulada por el Código Civil, tiene el inconveniente de que puede inducir a error, porque la doctrina suele emplear dicha terminología para aludir a la falta de otros requisitos que nada tienen que ver con las limitaciones que sufre el concursado. Los términos «capacidad especial» e «incapacidad especial» vienen utilizándose, en efecto, para aludir a una aptitud adicional a la que supone la plena capacidad de obrar, requerida para actos concretos, o a su falta (v. gr.: la posesión de una edad mayor a la que señala la adquisición de la plena capacidad de obrar para poder adoptar: vid. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II (reedición de la ed. de 1952), Madrid, 1984, pg. 55; DIEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, I (11ª ed.), Madrid, 2003, pg. 214; ALBALADEJO, *Derecho civil. I. Introducción y parte general* (16ª ed.), Madrid, 2004, pg. 232. En consecuencia, no parece adecuado utilizar el término «incapacidad especial» para expresar que se trata de una incapacidad de obrar, que no encaja en ninguno de los supuestos de incapacidad de obrar previstos en la legislación vigente.

²⁵ SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de derecho mercantil*, I (23ª ed.), Madrid, 2000, pg. 80 y II, pg. 443, entiende que la inhabilitación es una situación que se asemeja a la incapacidad, pero que no se confunde con ella; BROSETA, *Manual de derecho mercantil* (9ª ed.), Madrid, 1991, pg. 708, afirma que su verdadera situación «se asemeja a una cuasi-incapacitación que le produce una profunda modificación de su capacidad de obra». También diversas sentencias del Tribunal Supremo parten de la base de la equiparación de la inhabilitación del quebrado a la incapacidad, marcando la diferencia entre el quebrado y el deudor sometido al procedimiento de suspensión de pagos, al afirmar «que en la suspensión de pagos no se produce, como ocurre en la quiebra, una inhabilitación equiparable a la incapacidad (artículo 878 del Código de Comercio)»: v., p. ej., SSTS de 16.12.1986, (RJ 1986, 7448); de 22.04.1987, (RJ 1987, 2722); de 11.10.1988, (RJ 1988, 7409) y de 18.11.1988, (RJ 1988, 8607).

²⁶ Cfr. VIGUERA, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho mercantil*, II (8ª ed.), 2003, pg. 756.

²⁷ Así, DE CASTRO, *Derecho civil*, II, pgs. 363 y ss., entiende que se podrá hablar de *cuasi-incapacitación*, pero que no hay verdadera incapacitación y que lo que se origina es una *retirada del poder de administrar la masa de la quiebra* que produce una *restricción de la capaci-*

dría encontrar cierto apoyo normativo en la legislación registral, cuando establece que en el Registro de la Propiedad se inscribirán «las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se *modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes*» (art. 2.4 LH), y que podrá igualmente solicitar anotación preventiva en dicho Registro «[e]l que propusiere demanda con objeto de obtener algunas de las resoluciones judiciales expresadas en el número 4º del artículo 2 de esta Ley» (art. 42-

dad; OLIVENCIA, *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, Madrid, 1963 pg. 115, mantiene que aun no tratándose de una verdadera incapacidad, no cabe duda que la declaración de quiebra supone una amplia *modificación* de la capacidad de obrar de la persona; MASSAGUER, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, pgs. 63 y ss., señala que la quiebra no conlleva una incapacidad, sino una *modificación o restricción de la capacidad*; ID., voz «Inhabilitación del quebrado (Derecho Mercantil)», *EJB*, III, Madrid, 1995, pgs. 3592, donde sigue afirmando que la inhabilitación aparece «como modificación o, más precisamente, restricción a la ordinaria capacidad del quebrado, si bien a continuación precisa que «la explicación de la inhabilitación a partir de su conexión con la capacidad de obrar, si bien puede ser gráfica, no es desde luego técnicamente satisfactoria». También MARTÍN GRANIZO, *La incapacidad y figuras afines*, Madrid, 1987, pgs. 231 y ss.; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II (4ª. ed.), Madrid, 1993, pgs. 780-781; CABANILLAS, voz «Concurso de acreedores (Derecho civil)», *EJB*, I, Madrid, 1995, pg. 1359 y DE ÁNGEL, en SIERRA (coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo 9, Barcelona, 2000, pg. 212, entre otros, hablan de *limitación de la capacidad de obrar* del concursado; y lo mismo hacen respecto del suspenso aquellos que entienden que la suspensión de pagos incidía en la capacidad de obrar (v. *supra*, nota 17) . En este sentido se ha pronunciado igualmente en los últimos años en Portugal CARVALHO FERNANDES/LABAREDA, *Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência anotado* (2ª. ed.), Lisboa, 1995, pgs. 373 y 385. Asimismo una buena parte de los autores que se han pronunciado sobre el tema tras la Ley Concursal habla de *restricciones a la capacidad de obrar* del deudor para aludir a las limitaciones al ejercicio de las facultades patrimoniales (v. *supra*, nota 18).

También la sentencia del Tribunal Supremo de 30.VI.1978 señala –acogiendo *literalmente* la doctrina sentada por DE CASTRO (*vid. ob. últ. cit.*, pgs. 363 y ss.)– que la quiebra «no alcanza a ser un caso de verdadera incapacidad, sino meramente un estado personal, puesto que tal situación no se relaciona entre las restricciones generales de la personalidad, reflejada en el artículo 32 del Código Civil, ni se incluye en el artículo 1263 del mismo cuerpo legal sustantivo, entre las que producen incapacidad para contratar con plena eficacia, como tampoco entre las causas modificativas del estado civil, en razón a reconocerse que la situación del quebrado no rehabilitado es una especial condición jurídica que (...) aunque puede afectar a todas las relaciones de tipo patrimonial del afectado por la mencionada situación de quiebra, porque se ha manifestado con ella la insuficiencia y anormalidad de la garantía que supone el patrimonio, esa repercusión aun siendo muy importante en orden a la situación del patrimonio sobre la condición de la persona, *no tiene el alcance (...) para generar una verdadera o completa incapacidad patrimonial*; puede, «si se quiere, hablarse de *cuasi-incapacidad*, pero no hay (...) verdadera incapacidad, asignándose sencillamente la retirada del poder de administrar aquella parte del patrimonio que constituye la masa de la quiebra, *motivador de restricción de capacidad creada en beneficio de los acreedores*». El deudor continuará, por tanto, «con facultades respecto de aquellos bienes que tengan carácter inembargable y, en su caso, de los que se le entreguen en concepto de alimentos, permitiéndose el convenio entre el quebrado y la junta de acreedores para que el quebrado continúe al frente de su establecimiento comercial, quedando así habilitado para la administración dentro de los límites que señale el convenio» (la cursiva es nuestra).

5º LH), añadiendo más tarde el Reglamento Hipotecario que «[t]ambién procederá la anotación preventiva de que trata el número quinto del artículo 42 de la Ley en los casos de suspensión de pagos, concurso o quiebra, previos los trámites establecidos en las leyes» (art. 142)²⁸.

2.2. *La tesis de la incapacitación-sanción*

Frente a las orientaciones anteriores, que parten –explícita o implícitamente– de la base de que las limitaciones al ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado se orientan a la protección de los acreedores, otra corriente doctrinal ha venido entendiendo que la privación del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer no sólo tenía la finalidad de proteger a los acreedores, sino también de *sancionar* al quebrado²⁹. Sobre esas bases se desarrolló, bajo la vigencia del Código de Comercio de 1885, la que puede llamarse tesis de la incapacitación-sanción, que, atendiendo fundamentalmente a la *terminología* y a la *sistemática* del Código de Comercio, trató de equiparar la situación del quebrado a la del interdicto, sometido a una incapacidad sancionadora por haber incurrido en una determinada condena penal hasta la reforma de la incapacidad operada en 1983³⁰. Tal equiparación se hacía fundamentalmente en base a dos datos: 1º a la *terminología* utilizada por el artículo 922, que, en sede de rehabilitación,

²⁸ Vid. también *infra* nota 40.

²⁹ En este sentido, entre nosotros y desde una perspectiva general, DUQUE resalta, en el planteamiento clásico de la quiebra, junto a la finalidad reparadora de la institución concursal dirigida a la protección del interés de los acreedores y en relación con ella, la finalidad represiva de la misma, que –en su opinión– «en el plano civil, se manifiesta en la expropiación del derecho de gestionar el patrimonio en crisis» [v. «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», *ADC*, 1980 (núm. 33), pg. 74.]

³⁰ El Derecho español conocía antes de la reforma de 1983 causas de incapacitación que no estaban basadas en la *incapacidad natural* de la persona. Así sucedía, en efecto, con la interdicción civil, que tenía la finalidad de sancionar a determinados sujetos que habían incurrido en una condena penal (v., por todos, DE CASTRO, *Derecho civil*, II, pgs. 356-357; Díez-PICAZO, en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (2ª. ed.), I, Madrid, 1979, pg. 834; si bien no faltaron voces que postularon que la interdicción civil tenía la finalidad de proteger al propio interdicto: así, p. ej., TORRALBA, «La incapacidad contractual», *Estudio de derecho civil en homenaje al prof. Beltrán de Heredia*, Salamanca, 1984, pg. 712). Y lo mismo sucedía en Francia, donde existió hasta el año 1994, junto a las *incapacidades protectoras* (menor edad, enfermedades mentales), la llamada *incapacidad sancionadora* (la interdicción legal derivada de la condena penal: art. 29 antiguo CP), que desapareció con la aprobación del Código Penal de 1994 (Vid. MAZEAUD, H./MAZEAUD, J./CHABAS, F., *Leçons de droit civil*, I, 2 [8ª. ed.], Paris, 1997, pg. 268; CARBONNIER, J., *Droit civil. I. Les personnes* [20ª. ed.], Paris, 1996, pg. 159). Esa clasificación de las incapacidades pervive todavía en Italia (vid. FALZEA, *voce* «Capacità [teor. Gen.]» *Encicl. dir.*, VI, pgs. 38 y ss., trabajo recogido en la obra *Voci di teoria generale del diritto* [2ª. ed.], Milano, 1978, pgs. 87 y ss.; PESCARA, «I provvedimenti di interdizione e inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci», en *Trattato di diritto privato* [dir. por RESCIGNO], IV, 3, Torino, 1982, pg. 697; BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano, 1984, pgs. 209 y ss.; MAZZONI, en Bessone [a cura di], *Istituzioni di diritto privato* [10ª. ed.], Torino, 2003, pgs. 113-114).

hablaba de «interdicciones legales» para referirse a las restricciones que la declaración de quiebra suponía para el deudor, y 2º a la *colocación*, en el artículo 13 del mismo Código, del quebrado junto al interdicto al enumerar a las personas que no podían ejercer el comercio. De ello llegó a deducirse que el quebrado era un incapaz porque la interdicción era hasta la reforma del Código Civil de 1983 una causa de incapacitación³¹. En coherencia con ello, se entendía que las limitaciones a la capacidad del quebrado no estaban dictadas para la protección del inhabilitado, sino que suponían una «sanción a su mala administración y una medida de seguridad frente a la posible disipación de su patrimonio»³². En otras palabras, la finalidad de la

³¹ Vid. GARRIGUES, *Curso*, II, pg. 442; ID., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* (por GARRIGUES y URÍA), II (3ª. ed.), Madrid, 1976, pgs. 208-209, que señala que la «inhabilitación se equipara en la Ley a la interdicción y, por tanto, a la incapacidad. El artículo 922 habla de las 'interdicciones legales' que produce la declaración de quiebra. El artículo 13 equipara al interdicto y al quebrado desde el punto de vista de la incapacidad para ejercer el comercio», aunque en el *Tratado de derecho mercantil*, I, 1, Madrid, 1947, pg. 331, al estudiar las incapacidades para ejercer el comercio, señala que «no se trata de un verdadero incapaz»; las ideas de este autor son acogidas por POLO/BALLBÉ, *La quiebra de Barcelona Traction*, Barcelona, 1951, pg. 44; en el mismo sentido GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la «Barcelona Traction, Light and Power, Co., Ltd»*, Madrid, 1953, pgs. 297-298, si bien añade que viene a ser una interdicción de grado menor. En términos parecidos se pronuncia RUBIO, *Introducción*, pgs. 570-573, cuando afirma que el «paralelismo del interdicto con el quebrado no sólo se manifiesta en la agrupación de ambos en el artículo 13 del Código de Comercio, sino en la redacción de su artículo 922». También DE CASTRO destaca que el comerciante declarado en quiebra «se encontraba en nuestro antiguo Derecho en una situación jurídica parecida a la del condenado a interdicción civil» y que «el Código de Comercio habla todavía de "interdicciones legales" producidas por la quiebra», pero añade que «este carácter penal va perdiéndose al acentuarse la finalidad de garantía a favor de los acreedores» (v. *Derecho civil*, II, pg. 363).

³² Cfr. RUBIO, *Introducción*, pg. 570; v. igualmente DUQUE, *ADC*, 1980 (núm. 33), pg. 74. Implícitamente ésta es igualmente la opinión de aquellos autores que, como GARRIGUES o GARCÍA VALDECASAS, equiparan la situación del quebrado a la del interdicto. También BALLARÍN, «Limitaciones de la autonomía privada», *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, II, Madrid, 1988, pgs. 36-37, entiende que «los efectos limitantes de las situaciones concursales judicialmente declaradas sólo se explican a partir de la idea de sanción», pero rechaza que tales efectos afecten a la capacidad de obrar. Y esa idea de la finalidad sancionadora de la inhabilitación del quebrado parece estar presente todavía en los redactores de la Ley Concursal –cuando, en la E. de M., afirman que con la nueva Ley «se suprimen (los efectos) que tienen un carácter represivo de la insolvencia» y que «la "inhabilitación" se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable, en los que se impone como sanción de carácter temporal»–, así como lo está, sin ningún género de dudas, en el pensamiento de algunos comentaristas de la Ley Concursal (así, p. ej., COLINO, en PULGAR y otros, *Comentarios*, I, pgs. 594-595, afirma que «[e]n comparación con nuestro Derecho derogado (arts. 1914 Cc, y 13.2º, 878 y 920-922), se suprime el carácter represivo de los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor, eliminándose como tales sanciones innecesarias para el procedimiento, que ahora sólo entran en juego, bajo la nominación de "inhabilitación" en cuanto efectos de la calificación del concurso como culpable»). Frente a ello, hay que señalar que lo que la nueva Ley denomina inhabilitación nada tiene que ver con la inhabilitación para la administración de los bienes del Derecho derogado: la inhabilitación de la Ley Concursal es una sanción del concurso culpable, que impide al inhabilitado administrar patrimonios ajenos, ser representante y desempeñar una actividad empresarial (v. art. 172.2.2º y Disp.

inhabilitación del quebrado sería la de *sancionar* su actuación, la cual le habría conducido en última instancia a la quiebra. Por esta razón, los actos realizados por el quebrado eran *nulos* (en terminología del art. 878.II C. de c) al igual que los efectuados por el interdicto³³.

2.3. *El estado civil de quebrado o concursado*

En fin, es necesario aludir, siquiera sea brevemente, a aquella orientación doctrinal y jurisprudencial que ha venido concibiendo la situación jurídica del quebrado y del concursado como un *status*, que también pone el acento en la persona del deudor sometido al procedimiento concursal. Y, además, durante mucho tiempo la doctrina española ha venido entendiendo que el estado civil determina la capacidad de obrar de las personas³⁴. Se trata de una concepción que podría entenderse encuentra apoyo normativo en el Derecho positivo español. De un lado, porque la Ley del Registro civil señala que deben inscribirse en el Registro civil –dedicado a la publicidad de los hechos concernientes a los estados civiles– la declaración de quiebra, de concurso y de suspensión de pagos (art. 1.5 *in fine*). Y, de otro y en la misma

Final Segunda, que modifica el art. 13.2º del C. de c); en cambio, la inhabilitación para administrar y disponer del Derecho derogado era una medida tendente a proteger a los acreedores, que impedía al quebrado administrar y disponer de los bienes integrantes de la masa activa (del mismo modo que la suspensión de la nueva Ley Concursal) y que se producía automáticamente con la apertura del procedimiento concursal con independencia de la calificación del concurso. Es cierto que en el Derecho derogado existían efectos del concurso que tenían la finalidad de sancionar al quebrado y que desplegaban su eficacia con la mera declaración de concurso, pero entre esos efectos no se encontraba lo que el Código de Comercio llamaba «inhabilitación para la administración de los bienes» [recientemente, LÓPEZ SÁNCHEZ, *Estudios homenaje a Olivencia*, pg. 2008 en nota, ha señalado, también, acertadamente en esta línea, que el término «inhabilitación» no tiene en la LC el mismo significado que en el Derecho derogado; en el mismo sentido GUILARTE MARTÍN-CALERO, en SÁNCHEZ CALERO/GUILARTE, *Comentarios*, I, pg. 489].

³³ A este respecto, ha existido siempre una clara diferencia entre las *incapacitaciones protectoras* y las *incapacitaciones sancionadoras*. En efecto, los actos realizados por los incapacitados son *anulables*, pero el régimen de la anulabilidad (arts. 1300 y 1301.5, y respecto de los incapacitados sometidos a curatela el art. 293, todos ellos del CC) es privativo de aquellas incapacitaciones que responden a la idea de protección del incapaz o de terceros (v. gr.: la familia del pródigo; el art. 293 CC establece expresamente que los actos realizados sin la intervención del curador son anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela; no obstante, como la declaración de prodigalidad se hace en beneficio de la familia, se ha señalado que podrían pedir también la anulabilidad las personas en cuyo beneficio se ha establecido la prodigalidad: así, GETE ALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona* (2ª ed.), Madrid, 1992, pg. 314; MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación*, pg. 207). Por el contrario, en las *incapacitaciones sancionadoras* los actos realizados por el incapacitado son *nulos radicalmente*: cuando la interdicción era causa de incapacitación, la doctrina señalaba, ante el silencio del Código Civil, que la sanción de los actos realizados por el interdicto era la nulidad (*vid.*, por todos, DE CASTRO, *Derecho civil*, II, pgs. 359 y ss.; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, I [reimp. de la 1ª ed.], Madrid, 1976, pg. 267); lo mismo sucedía en Francia y en Italia, país este último, donde todavía se conserva la interdicción como causa de incapacitación (v. *supra* nota 21).

³⁴ V. *infra*, pgs. 100 y ss.

línea, porque también la Ley Concursal establece que si el deudor concursado fuera persona natural «se inscribirá en el Registro Civil la declaración de concurso, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición» (art. 24.1)³⁵.

A la idea de *status* de quebrado o concursado se ha recurrido en unos casos como expediente para resolver determinados problemas prácticos. Así ha sucedido, en efecto, en la jurisprudencia y en la doctrina penalista italiana cuando han tenido que afrontar el tema de la procedibilidad por el delito de quiebra antes de la firmeza de la resolución que la había declarado: como la condición de quebrado es un elemento constitutivo del delito, era necesario esperar a la firmeza de la resolución de declaración de quiebra para iniciar el proceso penal. Para justificar la paralización del proceso penal los tribunales han recurrido a las cuestiones de estado prejudiciales al proceso penal, considerando a la quiebra como un proceso sobre el estado de las personas³⁶. En otros supuestos, sin embargo, la doctrina, trascendiendo esas necesidades prácticas, ha empleado igualmente la expresión *status* para calificar la situación jurídica del quebrado y del concursado.

³⁵ La doctrina clásica consideraba que el *decocto* cambiaba de estado. Ahora bien, no se trataba de un cambio de estado civil, como entiende la doctrina en la actualidad, sino de un *cambio de las circunstancias que habían motivado la celebración de determinados actos jurídicos*, lo que justificaba la resolución de tales actos o al menos la alteración en la forma de ejercicio de las facultades derivadas de los mismos [así, entre otros, VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Consiliorum sive responsorum iuris* (cum privilegio MATRITI ex Typographia Maria de Quiñones. Expensis Emmanuelis Lopez Bibliopolae), 1653, II, *Consilium*. 189, núm. 11, que afirmaba que no se puede dudar de que los deudores cambian de estado a consecuencia de la fuga y de la *decoctio* y, por ello, los acreedores pueden dirigirse contra ellos antes del día previsto para el pago; SALGADO, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, Venetiis, 1686, Pars I, Cap. XXVIII, núms. 3 y 10, quien señala que el concursado o *decocto* cambia de estado a consecuencia de la insolvencia y esto produce la extinción de algunas relaciones jurídicas como sucede con el mandato, y también HEVIA BOLAÑOS, *Curia filípica*, Madrid, 1797, Lib. II, Cap. XI, núm. 43, que mantiene que «el mandato o poder se entiende revocado *ipso iure* cuando después de dado el mandatario o procurador se hace de deterioro o peor condición que la que cuando se le dio tenía (...) porque tácitamente es visto (...) en el mandato o poder durar sólo mientras el mandatario (...) permaneciere en el mismo estado que tenía cuando fue nombrado»].

³⁶ Ésta ha sido una práctica frecuente en la jurisprudencia italiana, cuyo Tribunal de Casación ha señalado reiteradamente que el proceso de quiebra es una controversia sobre el *estado de las personas*, y, por ello, se debe suspender el proceso penal de *bancarotta* hasta la firmeza de la sentencia que declara la quiebra (*vid.*, entre otras, las ss. de 29.11.1958, *Dir. fall.*, 1959, II, pg. 611, con nota de RICCIOTTI; de 9.11.1959, *Dir. fall.*, 1960, II, pg. 260; v. también la de 7.2.1985, *Giur. fall.*, 1985, pg. 391 y de 13.9.1992, *Il fall.*, 1993, pg. 1; *vid.* igualmente MAFFEI, *Comentario breve alla legge fallimentare* (4ª ed.), Padova, 2000, pg. 821 y allí otras referencias doctrinales). En la primera sentencia la Corte de Casación señala que ya se considere el *status* como la posición de una persona en una colectividad organizada, o como una cualidad jurídica, normalmente permanente, que se adquiere con independencia de la voluntad del sujeto y de la cual derivan derechos y eventualmente obligaciones para su titular, o como una situación jurídica compleja en el sentido de conjunto de relaciones jurídicas que tienen en común un hecho constitutivo, modificativo o extintivo, es lo cierto que de la posición de quebrado derivan una serie de incapacidades personales que determinan una inferioridad jurídica que se refleja en el *status libertatis*, y en el *status civitatis*.

Ahora bien, no siempre se atribuye el mismo significado a ese «estado» de fallido: mientras unos autores hablan de *status* de concursado o de quebrado para aludir con carácter general al conjunto de limitaciones que afectan a estos sujetos (a los llamados efectos patrimoniales y personales)³⁷, otra orientación parece hacerlo para hacer referencia exclusivamente a las limitaciones de carácter no patrimonial que sufre el concursado en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos (limitación de algunos derechos fundamentales, exclusión de las funciones tutelares y de la administración de sociedades, exclusión de las funciones judiciales, etc.)³⁸.

3. La consideración del concursado como incapacitado en los textos legales

No sólo la doctrina y la jurisprudencia han venido enmarcando, con unos u otros matices, la situación del deudor concursado en la institución de la incapacidad de obrar. También en ocasiones los textos legales califican las limitaciones que afectan al concursado como incapacidad y conceden (al menos aparentemente) a este sujeto el mismo tratamiento que al incapacitado. En efecto, debe recordarse, a este respecto, por un lado, que tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 como el propio Código Civil establecían que el concursado quedaría, en virtud del auto de declaración de concurso, *incapacitado para la administración de sus bienes* (arts. 1161 LECiv y 1914-I CC), aunque el concurso no se incluía entre las causas de incapacidad (entre las que el viejo art. 32 llamaba restricciones de la personalidad) ni el concursado entre los sujetos que no podían prestar consentimiento a causa

³⁷ Así ya DE MARTINI, «Gli elemento costitutivi ed estintivi dello statu di fallito», *Dir. Fall.*, 1943, I, pgs. 39 y ss.; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto* (3ª. ed.), Roma, 1951, pgs. 176 y ss.; ID., «Sospensione del processo penale per bancarotta e revoca del mandato di cattura contro el fallito», *Riv. dir. proc.*, 1949, II, pgs. 279 y ss.; ID., «Interpretazione evolutiva in tema di rapporti tra il processo civile di fallimento e il processo penale di bancarotta», *Riv. dir. proc. civ.*, 1960, pgs. 118 y ss.; DENTI, «Il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, pgs. 1008 y ss.; PAJARDI, *La sentenza di fallimento*, Milano, 1961, pgs. 202 y ss.; ID., *Manuale*, pgs. 111 y 209; MAIORCA, voce «Vicende giuriche», *Nov. Dig. it.*, XX, pg. 742. Entre nosotros, BERCOVITZ, R., *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, pg. 178, señala que parece difícil negar a las situaciones de quiebra, concurso y suspensión de pagos la naturaleza de estado civil, apoyándose para ello en las normas del Código Civil y del Código de Comercio que sancionan las limitaciones de las facultades de administrar y de disponer (arts. 1914 y 878, respectivamente) y en la Ley del Registro civil; también URÍA, *Derecho mercantil*, pg. 1025, señala que la quiebra es un *status* que hace perder al quebrado la administración y la disposición de los bienes, restringe su capacidad y le inhabilita para el ejercicio del comercio; al estado civil de quebrado y de concursado alude igualmente VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de derecho mercantil*, I, 1 (3ª. ed.), Barcelona, 1991, pg. 92.

³⁸ Así, entre otros, GRISPIGNI, «La condizione giuridica del fallito nel diritto pubblico interno», *Riv. dir. Comm.*, 1912, I, pg. 598; BIANCHI D'ESPINOSA, «Le incapacità personali del fallito», *Dir. fall.*, 1967, I, pg. 115. Vid. también SARZANA, «Modeli socio-culturali e «status» di fallito», *Dir. fall.*, 1978, I, pg. 227; ID., «Fallimento ed emarginazione nel sistema giuridico italiano», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, I, pgs. 785 y ss. y VASSALLI, *Diritto fallimentare*, I, pg. 288.

de incapacidad (art. 1263 CC); y el Código de Comercio, por su parte, hablaba también de *inhabilitación para la administración de los bienes* (art. 878-I) en el sentido de incapacidad para dicha administración³⁹; y, por otro, que

³⁹ El Código de Comercio utilizaba (y lo sigue haciendo) la expresión inhabilitación con distintos significados. A) Dicha terminología se utiliza en ocasiones en el sentido de *incapacidad*. Tal es el caso del artículo 222, cuando establece, siguiendo bastante de cerca los dictados del Código de Sainz de Andino, que «las compañías colectivas y en comandita se disolverán totalmente» por «la demencia u otra causa que produzca la inhabilitación de un socio gestor para administrar sus bienes» (2ª causa). La equiparación de la inhabilitación a la incapacidad en este precepto se deduce de varios datos. En primer lugar, del hecho de que tal inhabilitación se limite a la administración de los bienes, dejando así fuera de la misma las posibles inhabilitaciones para el ejercicio de cargos, profesiones o derechos (v. gr., para el derecho de sufragio, para el ejercicio de un cargo público, etc.). Y, en segundo lugar, de la circunstancia de que se mencione la demencia (causa de incapacitación) como una de las posibles causas de inhabilitación para la administración de los bienes. B) En otros casos, en cambio, la inhabilitación comprende *tanto la incapacidad como circunstancias diferentes que impiden a la persona actuar* en un determinado ámbito. Así sucede, por ejemplo, en el contexto de la comisión, cuando el artículo 280 del Código de 1885 afirma, repitiendo casi literalmente lo dispuesto por el artículo 144 del Código de Sainz de Andino, que «por muerte del comisionista o su inhabilitación se rescindirá el contrato». La inhabilitación tiene aquí un significado más amplio que el de la pura incapacidad, pues lo importante es que el comisionista pueda desempeñar o no la comisión personalmente, y esto puede depender tanto de la existencia de una incapacitación en sentido técnico como de otra circunstancia ajena a la misma (v. gr., enfermedad, que no sea causa de incapacitación). Y probablemente esa es la idea que late asimismo en el artículo 633, al decir que «el contraamaestre tomará el mando del buque en caso de imposibilidad o inhabilitación del capitán y piloto, asumiendo entonces sus atribuciones y responsabilidad», como, por lo demás, parece confirmar una interpretación conjunta con otros preceptos del Código (art. 627). C) Existen también supuestos en los que el término «inhabilitación» se utiliza en sentido técnico, y, por lo tanto, de forma más restrictiva, haciendo referencia a la sanción que priva de la posibilidad de ejercer la profesión o función desarrollada hasta el momento en que se impone la misma. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en el artículo 609, cuando dispone que «los capitanes y patrones deberán ser españoles, tener aptitud legal para obligarse con arreglo a este Código, hacer constar la pericia, capacidad y condiciones necesarias para mandar y dirigir el buque, según establezcan las Leyes, Ordenanzas o Reglamentos de Marina o Navegación, y no estar inhabilitados con arreglo a ellos para el ejercicio del cargo». Tal idea se deduce, en primer lugar, del hecho que el precepto mencionado exija expresamente como requisito independiente tanto la capacidad de obrar (del art. 4 del C. de c) pues así es como debe entenderse la fórmula «tener aptitud legal para obligarse con arreglo a este Código» (v. GARRIGUES, *Curso*, II, pg. 640; URÍA, *Derecho mercantil*, pg. 1143; RUBIO, «El capitán del buque (Notas sobre su figura en Derecho español)», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. De Castro*, II, Madrid, 1976, pg. 621; LÓPEZ AMO, *El capitán de buque*, Madrid, 1991, pg. 24, y MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, 1993, pgs. 210-213) como la «capacidad técnica». Y, en segundo lugar, del dato de que la inhabilitación se limite, por un lado, a la establecida por las leyes, ordenanzas o reglamentos de marina y navegación (lo que deja fuera las limitaciones previstas por otros textos legales) y, por otro, al ejercicio de cargo (excluyendo así posibles limitaciones o inhabilitaciones para el ejercicio de derechos o de funciones o cargos diferentes al de capitán). En el mismo sentido se emplea dicha terminología en los artículos 626.2º y 632.II, 1ª, al disponer que el piloto y el maquinista deben reunir las condiciones que exijan las leyes o reglamentos de marina o navegación y «no estar inhabilitado(s) con arreglo a ellos para el desempeño de su cargo». D) En fin, no faltan casos en los que la expresión «inhabilitación» no se emplea

la normativa del Registro de la Propiedad disponía (y lo sigue haciendo) que procederá la anotación preventiva de demanda de incapacidad en los casos de suspensión de pagos, concurso y quiebra (art. 142 RH)⁴⁰.

referida a las personas, sino a las cosas y para aludir a la ineptitud de las mismas para servir al uso a que se destinan. Tal es la interpretación que debe darse a los múltiples preceptos del Código en los que se alude a la «inhabilitación del buque para navegar» (arts. 640-5^a, 641-III, 760, etc.).

En el supuesto del artículo 878.I, el Código de Comercio empleaba el término «inhabilitación» también como sinónimo de incapacitación, como lo acredita, en primer lugar, el hecho de que cuando en otros lugares utiliza la fórmula «inhabilitación para la administración de los bienes» (art. 222.2^a C. de c., 1798 CC) lo hace en el sentido de incapacidad, y, en segundo lugar, la circunstancia bastante reveladora de que en el proceso de elaboración del Código se cambie el término «inhibido» (que utilizaba el Código de 1829) por el de «inhabilitado» entre 1881 y 1882 (el *Proyecto de Código de Comercio publicado en 1881* señalaba que «declarada la quiebra el quebrado quedará *inhibido* de la administración» (art. 854), pero el Proyecto de Código de Comercio de 1882 afirmaba ya que «Declarada la quiebra, el quebrado quedará *inhabilitado* para la administración de sus bienes»: art. 880), es decir, cuando ya se había promulgado la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 1161 establece literalmente que «el auto en que se acceda a la declaración de concurso se notificará inmediatamente al concursado, el cual quedará, en su virtud, incapacitado para la administración de sus bienes». A ello debe añadirse, en fin, que los comentaristas del Código de 1829, que son los que primero hablan de «inhabilitación», parecen presuponer que se trata de una incapacidad, cuando afirman que no hay que confundirla con la interdicción civil, considerando al quebrado como afectado de una incapacitación total, sino más bien relativa (v. GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado*, pg. 27 en nota; GÓMEZ DE LA SERNA/REUS GARCÍA, *Código*, pg. 327 en nota).

⁴⁰ Debe destacarse, sin embargo, que la normativa hipotecaria no siempre ha equiparado la situación del sujeto sometido a un procedimiento concursal a la incapacidad, pues la misma ha sido objeto de una interesante evolución que es conveniente resaltar (vid. OLIVENCIA, *Publicidad*, pgs. 63 y ss.). En efecto, la primera Ley Hipotecaria, de 1861, introdujo la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad «las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, la presunción de muerte de personas ausentes, se imponga la pena de interdicción civil o cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes» (art. 2.4). Esta disposición fue desarrollada luego por el Reglamento hipotecario, que señalaba que las concretas ejecutorias objeto de inscripción «no son tan sólo las que expresamente declaren la incapacidad de alguna persona para administrar sus bienes, o modifiquen con igual expresión su capacidad civil, en cuanto a la libre disposición de su caudal, sino todas aquellas que produzcan legalmente una u otra incapacidad, aunque no la declaren de un modo terminante» (art. 4: para una crítica de este sistema de reflejo de las situaciones personales en un registro inmobiliario, que ya se preveía en el Proyecto de Código Civil de 1851 (art. 1829), vid. GONZÁLEZ, J., «Observaciones al estudio de Robles Fonseca, “La ausencia en el nuevo derecho”», *RCDI*, 1940, pg. 321; ROCA SASTRE/ROCA SASTRE MUNCUNIL, *Derecho hipotecario*, IV, I [7^a ed.], Barcelona, 1979, pg. 7; OLIVENCIA, *ob. cit.*, pg. 64). Aunque las limitaciones del quebrado y del concursado no se contemplaban entonces expresamente, la doctrina entendía que entre esas declaraciones judiciales había que incluir la declaración de quiebra y de concurso (vid. GÓMEZ DE LA SERNA, *Ley hipotecaria*, I, Madrid, 1862, pg. 296; GALINDO/ESCORURA, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*, I [4^a ed.], Madrid, 1903, pgs. 450 y ss.; vid. también *Los trabajos preparatorios de un Código de Comercio, especialmente en el tratado de quiebras. Comisión de Código de Comercio creada en 1855*, Legajo núm. 8, que se encuentra en el Archivo de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia). La sucesiva Ley Hipotecaria de 1909 se limitó a repetir la disposición de su predecesora, pero el Reglamento Hipotecario de 1915 vino a añadir

La *Ley Concursal de 9 de julio de 2003* tampoco ha sido capaz de desprenderse totalmente de la concepción de las limitaciones al ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes por el concursado como incapacidad de obrar. Aunque en el precepto dedicado a la regulación de los efectos del concurso sobre las facultades de administrar y de disponer de los bienes (art. 40) se ha evitado calificarlos como incapacidad de obrar –lo cual podría interpretarse como el deseo de alejarlos de esta institución–, la Ley no ha logrado separarse enteramente de aquella concepción, como lo demuestra el hecho de que en otras normas siga aludiendo a los efectos del concurso sobre la *capacidad del concursado* (así, p. ej., los arts. 51.3 y 54.2, que señalan que en caso de intervención «el deudor conservará la capacidad de actuar en juicio», con lo cual parece dar a entender que en los casos de suspensión no la conserva aunque no lo diga expresamente; y también la disp final 3ª, que prevé la adición de un apartado 8 al artículo 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se refiere expresamente a «las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso»).

III. EXAMEN CRÍTICO DE LA TESIS DE LA INCAPACIDAD DEL CONCURSADO

1. Consideración general

Desde luego, no faltan razones, al menos a primera vista, para la considera-

de modo expreso que «también procederá la anotación preventiva de que trata el caso cuarto del artículo 42 de la Ley cuando se declare a algún deudor en concurso o en quiebra, previos los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil» (art. 105). Hay que advertir, sin embargo, que el citado artículo 42.4 de la Ley no se refería a la declaración de incapacidad para administrar, sino al *secuestro y a la prohibición judicial de enajenar bienes inmuebles*. De este modo, frente a la doctrina anterior, que calificaba la declaración de quiebra como una declaración judicial de incapacidad, ese Reglamento por primera vez y en época temprana (inspirado probablemente en el tratamiento que hacía de la materia el Derecho suizo, bien conocido por J. GONZÁLEZ, según se encarga de poner de manifiesto PAU, *Las limitaciones patrimoniales del concursado*, Madrid, 2004, pgs. 18-19) viene a configurarla como una prohibición judicial de disponer, aunque no faltaron voces que siguieron considerando las declaraciones de concurso y de quiebra como resoluciones judiciales que afectaban a la capacidad civil de las personas (así, por ejemplo, MORELL Y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, I, Madrid, 1916, pg. 432). El Reglamento Hipotecario vigente, de 1947, vuelve a cambiar de perspectiva, señalando que «también procederá la anotación preventiva de que trata el número quinto del artículo 42 de la Ley, en los casos de suspensión de pagos, concurso o quiebra, previos los trámites establecidos en las leyes» (art. 142), pues el indicado número quinto del artículo 42 de la Ley se refiere a la *anotación preventiva del que propusiere demanda con objeto de obtener una declaración de incapacidad*, equiparando así, de nuevo, la declaración de quiebra o de concurso e incluso de suspensión de pagos a una declaración judicial de incapacidad. Sin embargo, este cambio de criterio del Reglamento no está, ni mucho menos, tan claro, pues otros preceptos siguen el sistema del Reglamento de 1915, sin tener en cuenta la novedad introducida en 1947. Así sucede, en efecto, con el relativo a la forma en que deben practicarse las anotaciones preventivas, que vuelve a asimilar la quiebra y el concurso a las prohibiciones de enajenar, al disponer que *si la anotación preventiva «se hiciese a virtud de resolución judicial, declarando en concurso o en quiebra a una persona, o prohibiendo*

ción de la situación del concursado como incapacidad, pues entre el deudor sometido a concurso y el incapacitado existen, cuando menos aparentemente, diversas semejanzas. La primera consiste en que las *limitaciones derivadas de la apertura del concurso de acreedores coinciden básicamente con las que afectan a un incapaz*: el concursado, al igual que el incapacitado, no puede realizar o no puede llevar a cabo por sí solo actos de administración ni de disposición de su patrimonio ni actuar en el ámbito procesal; dichos actos deberán ser efectuados por un órgano encargado de ello o con su autorización (arts. 40, 51 y 54 LC)⁴¹. Y, la segunda, el hecho de que los actos realizados por el concursado en contravención de las limitaciones al ejercicio de las facultades de administrar y de disponer son en palabras de la Ley, y del mismo modo que sucede con los efectuados por los incapacitados, «anulables» (arts. 1300 y 1301 y 293 CC y 40.7 LC).

No es posible, sin embargo, detenerse en la aparente similitud de efectos entre la situación del concursado y la del incapacitado para concluir que el deudor declarado en concurso ve limitada su capacidad de obrar, pues tras ella se esconden diferencias importantes, como se pondrá de manifiesto a continuación. Tampoco es decisiva la terminología legal. No sólo porque, tanto bajo el Derecho concursal derogado como bajo el nuevo, existen otros textos legales, fuera de las Leyes concursales, que parten de la base de la capacidad de obrar del quebrado y del concursado⁴², sino también porque

temporalmente la enajenación de bienes determinados, se hará constar el objeto de dicha resolución y las circunstancias del que la haya obtenido y del respectivo titular» (art. 166.4), mientras que las anotaciones que se hicieren a virtud de demanda en que se solicite alguna de las declaraciones de incapacidad se disciplinan en otro número (art. 166.5) y lo mismo sucede con el texto que regula la cancelación de las anotaciones preventivas (art. 206), que separa la anotación preventiva de las demandas de incapacidad (apartado 4), de la anotación preventiva de la declaración de concurso y de quiebra (apartado 5).

⁴¹ El Código Civil establece que el incapacitado sometido a tutela está representado por el tutor, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo (art. 267), correspondiendo a dicho tutor la administración del patrimonio del tutelado, que deberá ejercerla con la diligencia de un buen padre de familia (art. 270) y solicitar autorización judicial para los actos de administración y de disposición establecidos por el propio Código (enajenar o gravar bienes inmuebles, renunciar derechos, entablar demandas, etc.: arts. 271 y 272). En el supuesto de incapacitado sometido a curatela, el curador deberá asistir al incapacitado en aquellos actos que expresamente señale la sentencia de incapacitación (art. 289), pero si dicha sentencia no hubiera especificado los actos para los que es necesaria la intervención del curador, se entenderá que se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial (art. 290).

⁴² En este sentido, por ejemplo, el artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 (cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto de 8 de abril) establecía que «están facultadas para contratar con la Administración las personas naturales y jurídicas, españolas o extranjeras, que, *teniendo plena capacidad de obrar*, no se hallen comprendidas en alguna de las circunstancias siguientes: (...) 4. Haber sido declaradas en quiebra o en concurso de acreedores, mientras no fueren rehabilitadas», criterio que seguiría su sucesora, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (v. arts. 15 y 20), y después el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (v. arts. 15.1 y 20) y modificado por la Ley Concursal (Disp. fin. Decimotercera). Otro texto en el que se parte de la capacidad de obrar del concursado y del quebrado es el artículo 241 en

no siempre que se habla de limitaciones a la capacidad de un sujeto se utiliza el término *capacidad* en sentido técnico-jurídico; y no hay que descartar que, al igual que sucede en otros sectores y ramas del ordenamiento, se use de forma descriptiva, como sinónimo de imposibilidad de actuar con eficacia jurídica; cosa que reconoce abiertamente una parte de la doctrina que califica al concursado como incapacitado⁴³. Sólo el escrutinio de las teorías de la incapacidad del concursado a la luz de la institución de la incapacidad conducirá a determinar si es posible o no calificar las limitaciones del concursado como limitaciones de la capacidad de obrar.

2. La incapacitación como sistema de protección del incapacitado y las limitaciones del concursado como medidas de protección de los acreedores

Por incapacitación se entiende la declaración judicial en virtud de la cual se constituye a una persona en el estado de incapacitado. Con anterioridad a la Ley de 24 de octubre de 1983, de reforma del Código Civil en materia de tutela, la incapacitación podía apoyarse en la *incapacidad natural* (falta de discernimiento) de la persona o en la *voluntad de la ley*⁴⁴, pero tras ella tiene como fundamento exclusivamente la *incapacidad natural de la persona*, es decir, la ausencia o deficiencia de capacidad de discernimiento y la inepti-

relación con el 244.5º del Código Civil (tras la reforma introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre), cuando establece que «podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el *pleno ejercicio de sus derechos civiles* y en quienes no concorra alguna de las causas de *inhabilidad* establecidas en los artículos siguientes», entre las cuales se encuentra el concurso y la quiebra, pues hallarse en el pleno ejercicio de los derechos civiles equivale a tener plena capacidad de obrar [v., entre otros, GARCÍA CANTERO, «El nuevo régimen de la adopción», *ADC*, 1971, II, pg. 817; FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, «La adopción», *ADC*, 1971 (núm. 24), pg. 701; DE MARINO, «La capacidad adoptcional», *ADC*, 1971, II, pg. 871; BERCOVITZ, R., en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, III, 2, Madrid, 1982, pg. 295; O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La incapacitación», *AC*, 1986 (núm. 1), pg. 3; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, I (7ª. ed.), Madrid, 1989, pg. 268; LETE DEL RÍO, en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, IV (2ª ed.), Madrid, 1985, pg. 321; ID., en PAZ-ARES y otros (dir.), *Comentario del Código Civil*, I, Madrid, 1993 (art. 241), pg. 737; HUALDE, en AMORÓS/BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986 (art. 241), pg. 358], y a pesar de ello se puede estar incurso en inhabilidad por concurso o quiebra.

⁴³ Al respecto, son significativas las palabras de LINDA, «Questioni in tema di capacità e legittimazione processuale del fallito», *Dir. fall.*, 1960, II, pg. 353, cuando afirma que «el quebrado no es un incapaz, pero no es tampoco un sujeto dotado de plena capacidad de obrar, por lo cual no parece del todo inapropiado hablar de una incapacidad relativa del quebrado (...). En verdad, el término “incapacidad” se presta a equívocos y quizá no debería ser usado, pero no encuentro otro término que se pueda contraponer a la afirmación de la “capacidad del quebrado”» (la cursiva es nuestra). Estas palabras son bastante elocuentes acerca de la polisemia del término «capacidad» y de su contrario «incapacidad» y de la falta de tecnicismo con la que se utiliza en numerosas ocasiones y, desde luego, también cuando se trata de hacer referencia las limitaciones que recaen sobre del deudor incurso en un procedimiento concursal. Sobre el tema *vid.* también *infra* nota 77.

⁴⁴ *Vid.*, por todos, DE CASTRO, *Derecho civil*, II, pgs. 289 y ss.

tud para el propio autogobierno. El Código declara, en este sentido, que «son causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200). La incapacidad tiene la finalidad de *proteger a la persona que padece una enfermedad o deficiencia* y en función del grado de discernimiento derivado de la misma *el juez debe establecer en la sentencia la extensión y los límites de la incapacidad* (art. 210)⁴⁵. Consecuentemente, prevé diversos *mecanismos de protección del incapacitado*. En primer lugar, se encomienda al tutor, al curador y al defensor judicial «la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes» del incapacitado (art. 215 CC)⁴⁶. Mientras el tutor es el *representante legal* del incapacitado (art. 267 CC), el curador realiza únicamente una función de *mera intervención o asistencia* (arts. 288 y 289 CC). La actuación del defensor judicial sólo tiene lugar cuando entre el incapacitado y su representante legal o el curador existe conflicto de intereses o cuando el tutor o el curador no puedan por cualquier causa desempeñar sus funciones (art. 299 CC). En segundo lugar, como complemento de lo anterior, se atribuye a los incapacitados, cuando abandonen la situación de incapacidad, o a sus órganos de protección, mientras perdura la misma, la facultad de *anular* los actos realizados por aquéllos (arts. 1300 y ss. CC), concediéndole, por tanto, la posibilidad de dejar sin efecto los que no le sean favorables.

Tan escueta referencia es suficiente para demostrar que las limitaciones del concursado no constituyen hoy (del mismo modo que tampoco en otro tiempo) supuestos de incapacidad. Está claro, en efecto, que la posición del concursado no encuentra acomodo en la enumeración legal de las causas de incapacidad (art. 200 CC), pues la intervención o la suspensión del concursado y las limitaciones al ejercicio de acciones personales con trascendencia patrimonial no están basadas en un *estado natural de la persona* (enfermedad o deficiencia), sino en un *estado de su patrimonio* (la insuficiencia de su activo para atender a su pasivo). Además, la intervención y la suspensión –y la institución del concurso en su conjunto– no constituyen tampoco (ni han constituido nunca) un sistema de protección del concursado intervenido o suspendido: no hay una normativa tuitiva de los intereses del concursado semejante a la establecida para el incapacitado⁴⁷. En los pro-

⁴⁵ Sobre el tema *vid.* ampliamente, además de la manualística, GETE-ALONSO, *La nueva normativa*, pg. 186 y ss.; LETE DEL RÍO, *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, pgs. 159 y ss.; ID., *Comentario del Código Civil*, I, pgs. 785 y ss.; ROCA GUILLAMÓN, en este último *Comentario*, I, pgs. 629 y ss.; MARTÍN GRANIZO, *La incapacidad*, pgs. 32 y ss.; RAMOS CAHAPARRRO, *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, pgs. 273 y ss.

⁴⁶ En determinados supuestos la protección y guarda de la persona y de los bienes del incapacitado corresponde a los padres por medio de la patria-potestad prorrogada (art. 171 CC).

⁴⁷ En este sentido, señala acertadamente BERCOVITZ R. que «la limitación de la capacidad del concursado no tiene nada que ver con la que resulta de los procedimientos de incapacidad. Aquí no se trata de proteger a un incapacitado, sino de proteger a los acreedores del concursado» (en BERCOVITZ (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, I, pg. 359). La diferencia de interés protegido con la incapacidad y con las limitaciones del

cedimientos concursales no existe, como es obvio, la institución de la tutela ni la de la curatela⁴⁸. Es cierto que hay un órgano al que se atribuye la función de realizar en la esfera jurídica del deudor los actos de administración y disposición de la masa activa o de autorizar su realización; pero, con independencia de la calificación que merezca la relación existente entre el concursado y el órgano de administración del concurso, importa destacar aquí que dicho órgano no actúa sólo, ni predominantemente, en interés del concursado, sino fundamentalmente en interés de los acreedores. Esta idea aparece hoy claramente reflejada en la Ley Concursal, cuando señala que «en el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso» (art. 43.1), pues los intereses del concurso se identifican primordialmente con los intereses de los acreedores (v. E. de M., que señala que «la satisfacción de los acreedores» constituye la «finalidad esencial del concurso»)⁴⁹. La administración concursal tiene que atender a los intereses contrapuestos de los diversos participantes en el procedimiento y especialmente a los de los acreedores en cuyo interés se tramita el concurso. No cabe, en consecuencia, establecer paralelismo alguno entre la administración concursal y la tutela o la curatela. Y esto tiene consecuencias importantes, puesto que al no actuar la administración concursal exclusivamente (ni primordialmente) en interés del concursado, los actos de administración y de disposición que entran dentro de su competencia no coinciden con los que podría realizar aquél si no estuviera en concurso, pues aunque a la administración concursal corresponde la administración del patrimonio concursal del deudor suspendido, se trata de una administración que tiene una finalidad diferente de la que habría realizado el deudor no incurso en el procedimiento. Esto supone una diferencia importante con la administración de los órganos de protección de los incapacitados, pues ésta suele corresponderse (aunque en ocasiones sea necesaria una autorización judicial: arts. 271 y 272 CC) con la que realizaría el titular del patrimonio si no estuviera incapacitado. Finalmente, la sanción prevista para los actos realizados por el concursado no tiene, como en el caso del incapacitado, la finalidad de proteger a la persona afectada. Buena prueba de ello la constituye el hecho de que el deudor carece de legitimación para ejercitar la acción de anulación (v. art. 40.7).

concurado impide que éstas puedan ser calificadas técnicamente como incapacidad de obrar (v. RAMOS CHAPARRO, *La persona*, pg. 243).

⁴⁸ La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1939 (Ar. 82) señala que la diferencia existente entre el incapacitado y el concursado consiste en que mientras el incapacitado está sometido a tutela, el concursado no lo está.

⁴⁹ Pero también en el Derecho derogado, el interés de los acreedores traslucía en las normas que prevían la ocupación inmediata de los bienes del quebrado (art. 1046 C. de c. de 1829); en las que establecían que el juez debía ordenar en el momento en el que se publicara la quiebra que nadie hiciera pagos al quebrado, sino al depositario nombrado, bajo la pena de no quedar descargados en virtud de los mismos (art. 1057 CCom de 1829); en las que regulaban la elección de los síndicos, elección que era competencia de los acreedores y que debía recaer, además, en los propios acreedores (arts. 1068 y ss. CCom de 1829), etc.

3. La inconsistencia de la tesis de la incapacidad-sanción

Las limitaciones al ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes y al ejercicio de acciones personales con trascendencia patrimonial no se dirigen a la protección del concursado; pero tampoco tienen (ni han tenido nunca) la finalidad de sancionarle. La inhabilitación del quebrado para administrar y disponer de los bienes de la masa activa del Derecho viejo no era una incapacidad sancionadora, que pudiera ser considerada como un reducto de las denominadas *incapacidades-sanción* creadas arbitrariamente por la ley, porque, como ya se ha indicado, no tenía la finalidad de sancionar al quebrado, sino fines ejecutivos y, sobre todo, de *seguridad*. En efecto, respondía, de un lado, a la necesidad de liquidar el patrimonio del deudor para pagar a los acreedores –puesto que la realización de los bienes por los síndicos exigía privar al deudor de las facultades de administración y disposición–, y, de otro y sobre todo, a la idea de garantizar que no desaparecerían los bienes del deudor en tanto se tramitaba el procedimiento concursal dirigido a satisfacer a los acreedores con arreglo al orden legal de distribución. Esta idea de proteger a los acreedores frente a las posibles disminuciones de la masa concursal, por medio de la privación al deudor de las facultades de administración y de disposición de los bienes sometidos al procedimiento concursal desde el momento de la apertura del procedimiento concursal, está en la base de todos los ordenamientos jurídicos actuales⁵⁰ y es admitida también por la doctrina y por la jurisprudencia

⁵⁰ Así se reconoce expresamente en los trabajos preparatorios del *Code* de 1807, antecedente inmediato del Código español de 1829. En efecto, en el discurso del Consejero de Estado Mr. SEGUR al Cuerpo Legislativo sobre el Libro Tercero del Código de Comercio se señala que «el artículo 6 del capítulo I declara que el fallido queda desde el día de la quiebra desposeído del derecho de administrar ninguno de sus bienes. Esta disposición sola bastará ya para poner un freno a lo que más os ha escandalizado en las quiebras, y para presentar a los acreedores una justa esperanza de que no volverá a desaparecer lo que la mala conducta o el infortunio les han dejado» (discurso recogido en el *Código de Comercio de Francia con los discursos de los oradores del Consejo de Estado y del Tribunado*, traducido al castellano en 1808, en la imprenta de la calle de la Greda de Madrid, y de la cual no figura autor, pgs. 108 y ss.). También son elocuentes a este respecto las palabras de LOCRÉ, *L'esprit du Code de commerce*, V, Paris, 1811, pgs. 129 y ss., que se planteaba si el quebrado es o no un incapacitado, alegando que la Ley no estableció formalmente una incapacidad y que tampoco estaba en su espíritu establecerla, y continuaba preguntándose si el legislador pretendió sancionar al fallido, a lo que contestaba que «sólo hay crimen que castigar cuando existe una bancarrota y entonces otras disposiciones determinan el castigo de este crimen»; con el desapoderamiento del deudor «el legislador no ha querido más que proveer a que los bienes, que son la garantía de los acreedores, no puedan escaparle»; «el desapoderamiento es suficiente para dar a los acreedores una garantía completa y, por lo tanto, la incapacidad sería un rigor inútil e injusto, porque no hay crimen que castigar». «El interés de los acreedores queda perfectamente garantizado con el desapoderamiento». En el mismo sentido se pronuncia BOULAY-PATY, *Faillites et banqueroutes*, I, Paris, 1828, pg. 97, quien señala que la incapacidad del quebrado «ha sido excluida absolutamente por el texto de la ley. El legislador no ha querido castigar al deudor de buena fe; sólo ha pretendido que los bienes, que son la garantía de los acreedores, no puedan escaparle» (v. para más detalles MARTÍNEZ FLÓREZ, *ADCo*, 2005 [núm. 4], pgs. 339 y ss.). Las mismas ideas se recogen en la *Begründung des Entwurfs de la KO* alemana de 1877 [vid. pg. 15, en HAHN (Hr.), *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. IV. Die gesamten Materialien zur Konkursordnung und dem Einführungsgesetz zu*

cia españolas, incluso por aquel sector que equipara la situación del quebrado a la del interdicto⁵¹. Buena prueba de que la inhabilitación para administrar y disponer no tiene la finalidad de sancionar al deudor es que existe incluso en el supuesto de que éste haya fallecido (como hoy reconoce claramente el art. 182 LC), pues no puede sancionarse a alguien que ha dejado de existir⁵².

La afirmación de que las limitaciones a la actuación del quebrado suponían

derselben vom 1. Februar 1877, Darmstadt, 1983, reimp. de la ed. de 1881, Berlin, pgs. 44-4] y constituyen un principio generalmente admitido en la doctrina de todos los países (así, por citar a los más representativos, en la doctrina francesa más reciente JAUFFRET, «Le dessaisissement», *Jurisl. Comm.*, 1969, III, Fasc. D. 20. pg. 2; RÍPER/BOULANGER, *Tratado de derecho civil* (según el tratado de Planiol), III, 2 (trad. de García Daireaux), Buenos Aires, 1965, pg. 446; GUYON, *Droit des affaires. 2. Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire. Faillite* (6ª ed.), Paris, 1997, pg. 338; en la italiana PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, 1974, pgs. 702 y ss.; FERRARA/BORGIOLI, *Il fallimento*, pgs. VIII-IX y 313 y ss.; BRACCI, *La posizione processuale del fallito e i poteri del curatore*, Milano, 1974, pg. 18; DE FERRA, *Effetti del fallimento per il fallito* (por DE FERRA y GUGLIEMUCCI), en *Commentario Scialoja-Branca (a cura di BRICOLA-GALGANO-SANTINI)*, Bologna-Roma, 1986, pg. 13; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, I, pgs. 243 y 255; y en la alemana JAEGER, *Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts* (8ª. ed.), Berlin-Leipzig, 1932, pg. 25; ID., *Konkursordnung. Grosskommentar*, parágs. 1-42 (9ª. ed. por HENCKEL), Berlin-New York, 1997, parágs. 6, Amn. 1 y 7, Amn. 2; KILGER/SCHMIDT, *Insolvenzgesetze. KO/VglO/GesO* (17ª. ed.), München, 1997, parág. 6, pg. 49; UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung. Kommentar* (12ª. ed.), München, 2003, parág. 80, Rdns. 2 y 6; HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht* (2ª. ed.), Berlin-Köln-Bonn-München, 1998, pgs. 182 y ss.; OTT, *Münchener Kommentar. Insolvenzordnung*, I, München, 2001, parág. 80, Rdn. 1.

⁵¹ Así, GARRIGUES, *Curso*, II, pgs. 440 y ss., señala que «la primera condición para que un patrimonio en quiebra sea liquidado en favor de los acreedores será impedir al deudor que lo liquide en beneficio propio. De ahí las medidas que (...) tienden a dar realidad al principio de que el patrimonio del deudor es la garantía de los acreedores, poniéndolo en manos de ellos para su administración y liquidación. El reverso de esta adquisición de derechos por los acreedores es la pérdida de los mismos por el deudor común (desapoderamiento)». Vid. también expresamente, entre otros, POLO/BALLBÉ, *La quiebra*, pg. 45; DE CASTRO, *Derecho civil*, II, pgs. 363-364; JIMÉNEZ ESCÁRZAGA, «La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del C. de c.», *RDM*, 1958, II, pgs. 50 y ss.; GULLÓN, en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXIV, Madrid, 1984, pg. 671; LA CRUZ y otros, *Elementos de derecho civil. II. Derecho de obligaciones. Vol. 1º Parte general. Teoría general del contrato* (3ª. ed. rev. por RIVERO), Madrid, 2003, pg. 287; MARTÍN GRANIZO, *La incapacidad*, pgs. 231-232; RAMOS CHAPARRO, *La persona*, pg. 243; GARCÍA VILLAVARDE, «Sobre la llamada 'inhabilitación' del quebrado», *Estudios de Derecho mercantil. Homenaje al prof. Duque*, II, Valladolid, 1988, pgs. 1629 y 1640; BERCOVITZ R., *Comentarios*, I, pg. 359; GUILARTE MARTÍN-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.), *Comentarios*, I, pg. 685. En la jurisprudencia destaca especialmente la sentencia del Tribunal Supremo de 30.6.1978 (RJ 1978, 2629), en la que se indica que «la situación del quebrado no rehabilitado es una especial condición jurídica que se explica por la "ratio iuris" de esta particular incapacidad, en cuanto que *nacida la quiebra para proteger a los acreedores de un deudor insolvente, funciona despojando al quebrado de la administración de su patrimonio, convirtiendo a éste en un patrimonio en liquidación*» (la cursiva es nuestra).

⁵² Sobre la idea de que la inhabilitación del quebrado no tenía carácter sancionador se pronunciaba ya expresamente DE LA CÁMARA, *Estudios de derecho mercantil*, I, pg. 59; también MASSAGUER, *EJB*, III, pg. 3592 y la ya referida sentencia del Tribunal Supremo de 30.6.1978, que señala que «*la declaración de quiebra no origina una prohibición de carácter sancionador*, pues sus efectos respecto de la capacidad son los mismos con independencia de la calificación de la quiebra» (la cursiva es nuestra).

una sanción a su mala administración y una medida de seguridad frente a la posible disipación de su patrimonio podía ser cierta en términos absolutos, si se hacía una referencia global a la posición jurídica del quebrado, pues algunas de las limitaciones que le afectaban tenían únicamente finalidad sancionadora⁵³, y así parece que lo hacían los que trataron de equiparar la situación del quebrado al interdicto, considerando el conjunto de limitaciones que conformaban la situación jurídica del quebrado, pues tradicionalmente se había entendido que todas las restricciones que se imponían a dicho sujeto constituían manifestaciones de un mismo principio⁵⁴. Lo cierto era, sin embargo, que no era posible reconducir todas las limitaciones que recaían sobre el quebrado a un denominador común, puesto que la quiebra era una institución compleja que, desde sus orígenes, persiguió diversas finalidades: proteger a los acreedores, sancionar al quebrado y tutelar a los terceros, y con tales objetivos se establecieron a lo largo de los siglos distintas medidas que no podían ser consideradas de forma unitaria. Por lo tanto, no cabían referencias generales, tratando de asignar unos fines comunes a todas las restricciones que sufría el quebrado; era necesario tener en cuenta cada medida concreta y sólo respecto de alguna o algunas de ellas podía afirmarse que tenían la finalidad de sancionar al quebrado⁵⁵. Las limitaciones al ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa se establecieron, desde sus orígenes, en beneficio de los acreedores y eran independientes de aquellas otras que trataban de sancionar al concursado y al quebrado y de proteger a los terceros⁵⁶. Hoy la Ley Concursal ha venido a confirmar claramente esta idea, separando más nítidamente aún las limitaciones dirigidas a evitar la desaparición o disminución de los bienes sometidos al procedimiento concursal destinados a la satisfacción de los acreedores de aquellas otras orientadas a sancionar al concursado y a proteger a los terceros⁵⁷.

⁵³ Pero dicha afirmación necesitaba también ser matizada, porque no necesariamente existía una «mala administración» del deudor merecedora de sanción. El deudor podía haber realizado una correctísima administración y, a pesar de ello, ser declarado en quiebra y quedar inhabilitado para la administración de sus bienes.

⁵⁴ Ese tratamiento conjunto era claro en GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen*, pg. 298; RUBIO, *Introducción*, pgs. 570 y ss. V. también los autores citados en la nota 16.

⁵⁵ Eso es lo que sucedía fundamentalmente con las interdicciones que impedían al quebrado ejercer determinadas funciones públicas (*vid.* MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones*, pgs. 223 y ss.).

⁵⁶ Buena prueba de ello la constituía la diversidad de régimen jurídico de las llamadas interdicciones legales con respecto a la inhabilitación para administrar y disponer de los bienes (*cf.* MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, Tesis doctoral, UAM, Madrid, 1991, pgs. 111 y ss.; ID., *Las interdicciones*, pgs. 25 y ss. Las ideas plasmadas en estas obras han sido acogidas después por otros autores: ALCOVER, *La retroacción de la quiebra*, Madrid, 1996, pg. 9; GARCÍA VILLAVERDE, *Estudios de Derecho mercantil. Homenaje al prof. Duque*, II, pgs. 1640 y ss.; URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN, *Curso de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 2001, pg. 925; BROSETA/MARTÍNEZ SANZ, *Manual de derecho mercantil* (11ª ed.), II, Madrid, 2003, pg. 524; VILA FLORENSA, en SALA/MERCADAL/ALONSO-CUEVILLAS, *La nueva Ley Concursal* (2ª ed.), Barcelona, 2004, pgs. 225 y ss.

⁵⁷ La Ley Concursal vincula la limitación del ejercicio de las facultades patrimoniales a la declaración de concurso (art. 21.1-2º), mientras que reserva la inhabilitación para

Que la privación del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer por el concursado era (y sigue siendo) exclusivamente una *medida de protección de los acreedores* dirigida a la conservación del patrimonio mientras se tramitaba el procedimiento concursal no sólo se deducía del estudio de los antecedentes legislativos. Se infería también del (incompleto) régimen jurídico previsto por los Códigos del siglo XIX para la privación del ejercicio de las facultades de administración y de disposición, según los cuales, una vez satisfechos los acreedores o liquidados los bienes en su totalidad y repartido su producto entre aquéllos o, en fin, celebrado un convenio, el procedimiento concluía y la inhabilitación terminaba (arts. 1035, 1036 y 1160 CC de 1829 y 1242 y ss., y 1294 LECiv de 1881)⁵⁸. Esto ponía de manifiesto que la finalidad de la limitación del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer era exclusivamente *asegurar el resultado de un procedimiento*, cuyo objetivo básico es el reparto del producto de los bienes entre los acreedores en las condiciones establecidas en la ley, o, en su caso, la celebración de un convenio entre los acreedores y el deudor en el que se prevea otra forma de satisfacción.

De otro lado, la tesis de la incapacitación-sanción no resistía un análisis riguroso de los preceptos en que se apoyaba. En efecto, la interpretación correcta de los artículos 922 y 13 del Código de Comercio probaba su inexactitud. En primer lugar, carecía de todo fundamento deducir la equiparación del quebrado al interdicto de la *terminología* del Código de Comercio, pues *dentro de la expresión «interdicciones legales», que se utilizaba en el artículo 922, no se comprendía la inhabilitación para la administración y disposición del patrimonio concursal*. Así, se deducía de una interpretación conjunta de la normativa contenida en el Código de Comercio y en la Ley de Enjuiciamiento Civil: el artículo 922 del Código de Comercio establecía que «con la habilitación del quebrado cesarán todas *las interdicciones legales* que produce la declaración de quiebra»; pero entre esas interdicciones legales no se encontraba la inhabilitación para la administración y disposición, porque ésta desaparecía antes de la rehabilitación (con la conclusión del procedimiento)⁵⁹. En consecuencia, entre las denominadas «interdicciones legales» no podía incluirse la inhabilitación para la administración y disposición del patrimonio concursal, por lo que, en atención a la terminología, sólo cabría considerar como incapacidades a las demás restricciones que sufría el quebrado. De esta forma, se desvanecía la principal analogía entre la incapacitación y la inhabilitación para administrar y disponer de los bienes. Además, tampoco podía deducirse del Código analogía alguna entre las denominadas «interdicciones legales que produce la declaración de quiebra» y la in-

ejercer la actividad empresarial y para administrar patrimonios ajenos a la calificación del concurso como culpable (v. arts. 13-2º CC, modificado por la disp. final 2ª LC, y 172.2-2º) y las limitaciones para ejercer determinadas funciones públicas a la apertura de la liquidación (vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Facultades patrimoniales del deudor» (art. 40), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pgs. 772 y ss.).

⁵⁸ Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, *La inhabilitación*, pgs. 17 y ss. y 111 y ss.

⁵⁹ Sobre ello vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, *La inhabilitación*, pgs. 111 y ss.

terdicción civil, porque la norma del mencionado artículo 922 tenía su origen en el artículo 1174 del Código de 1829 (que disponía que «por la rehabilitación del quebrado cesan todas las interdicciones legales que produce la declaración de quiebra»), y *en 1829 no se conocía la institución de la interdicción civil*, introducida por el Código Penal de 1848-1850 (art. 41). En esa época el término «interdicción» no tenía un significado técnico preciso; era una expresión genérica con la que se aludía a diversas circunstancias que impedían actuar a la persona en distintos ámbitos⁶⁰.

En segundo lugar, *no era posible tampoco utilizar el argumento de la ubicación del quebrado junto al interdicto dispuesta en el artículo 13 del Código de Comercio*. Esta sistemática procedía del Código de 1829, cuyo artículo 9 establecía que «tampoco pueden ejercerla (la profesión mercantil) por tacha legal: 1. Los infames que estén declarados tales por la Ley o por sentencia judicial ejecutoriada. 2. Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación». La pena de infamia fue abolida por el Código Penal de 1848-1850 (art. 23) y en su lugar se estableció la interdicción civil⁶¹. En el Código de 1829, la colocación del quebrado junto al infame estaba plenamente justificada porque durante mucho tiempo la quiebra acarrea una cierta infamia al quebrado⁶². Pero *en el Código de 1885, esta ubicación resultaba de sustituir*, siguiendo la orientación de la doctrina⁶³, *la pena de infamia por la de interdicción civil*, sin tener en cuenta que mientras la infamia afectaba a la capacidad jurídica, la interdicción civil era un caso de incapacidad de obrar⁶⁴. Cabe, pues, concluir que la terminología y la sistemática legal no sólo no tienen entidad suficiente para demostrar que la inhabilitación del quebrado para la administración de los bienes era una incapacitación-sanción, sino que parecían demostrar lo contrario. En este sentido, la doctrina española, bajo la vigencia del Código de 1829, diferenciaba ya claramente la inhabilitación del quebrado de la interdicción civil, porque la inhabilitación sólo se refería a los bienes que

⁶⁰ Basta para comprobarlo con la lectura de la voz «interdicción» del *Diccionario* de ESCRICHE, bajo la cual se comprenden, entre otras acepciones, la suspensión de oficio o la prohibición de continuar en el empleo, cargo, profesión o ministerio, y el estado de una persona a quien se ha declarado incapaz de los actos de la vida civil por causa de mentecatez, demencia o prodigalidad (vid. *Diccionario de legislación y jurisprudencia*, III, Madrid, 1875, pgs. 362-363).

⁶¹ Sobre el tema puede verse TERUEL CARRALERO, voz «Interdicción civil», pgs. 188 y ss.

⁶² Sobre ello vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones*, pgs. 37 y ss.

⁶³ Los comentaristas del Código de Comercio de 1829 ya enumeraban, dentro del grupo de personas que no podían comerciar por tacha legal, junto a los quebrados a los que estaban sufriendo la pena de interdicción civil (así, GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de derecho mercantil*, I (3ª. ed.), Madrid, 1867, pg. 33 en nota; MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones*, pg. 137 en nota).

⁶⁴ La infamia afectaba a la capacidad jurídica del sujeto, pues suponía para quien la sufría la pérdida de todos los derechos de ciudadano (art. 74 CP de 1822); en cambio, la interdicción civil sólo privaba al penado mientras la estaba sufriendo «del derecho de patria-potestad, de la autoridad marital, de la administración de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos» (art. 41 CP de 1848-1850).

han sido destinados al pago de las deudas, mientras que la interdicción civil suponía una incapacitación absoluta⁶⁵.

4. La imposibilidad de incardinar la situación del concursado en la categoría del estado civil

La tesis que recurre a la idea de *status* o de estado civil para explicar el conjunto de limitaciones que han venido sufriendo los deudores sometidos al procedimiento concursal (las vinculadas al procedimiento concursal y orientadas a tutelar a los acreedores y aquellas otras que pretenden sancionar al concursado y proteger a los terceros) merece la misma crítica que la anterior: la imposibilidad de otorgar un tratamiento unitario a todas las limitaciones de los concursados, pues, desde sus orígenes, han perseguido fines distintos y han estado sometidas a regímenes jurídicos diferentes⁶⁶. En segundo lugar y con carácter general, el hecho de que el Derecho positivo establezca que el concurso debe hacerse constar en el Registro Civil no constituye una prueba determinante de que la situación del concursado tenga la consideración de estado civil, pues el propio artículo 1 de su Ley reguladora declara que en el Registro civil se inscribirán no sólo los hechos concernientes al estado civil, sino también aquellos otros que determina la ley⁶⁷. En tercer lugar, hay que señalar que la aceptación de un *status* de quebrado o de concursado es el fruto de una concepción amplia del estado civil equiparable a condición, posición o cualidad jurídica y, por lo tanto, carece de toda utilidad⁶⁸. La calificación de la situación del concursado

⁶⁵ Así, CARAVANTES, *Código de Comercio extractado*, Madrid, 1850, pg. 387 en nota; GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado*, pg. 27 en nota; GÓMEZ DE LA SERNA/REUS GARCÍA, *Código*, pg. 327 en nota.

⁶⁶ Vid. *supra*, pg. 96 y MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones*, pgs. 25 y ss.

⁶⁷ También la Exposición de Motivos de la Ley del Registro civil afirma que el Registro civil es un instrumento concebido no sólo para la constancia oficial del estado civil, sino también de la condición de las personas. Vid. igualmente LACRUZ y otros, *Elementos de derecho civil.I. Parte general, vol. 2º Personas* (3ª ed. rev. por Delgado), Madrid, 2002, pg. 26; PARRA LUCÁN, *Orientaciones actuales del estado civil*, Barcelona, 1993, pg. 184; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Voz «estado civil (Derecho civil)», *EJB*, II, 1995, pg. 2898.

⁶⁸ Así, por ejemplo, CARNELUTTI, *Teoría*, pgs. 176 y ss., uno de los patrocinadores del *status* de fallido, considera al estado civil como un conjunto de relaciones jurídicas que tienen en común un hecho constitutivo, modificativo o extintivo; PAJARDI, *Manuale*, pg. 112, por su parte, equipara el *status* a una cualidad jurídica compleja que se vincula a la posición del individuo en la comunidad. Buena prueba de la amplitud del concepto de estado civil que se maneja cuando se alude al *status* de quebrado o de concursado lo constituye la sentencia mencionada de la Casación italiana en la que se alude a las principales orientaciones doctrinales en materia de *status* (*vid. supra* nota 36). En esta línea ha llegado a hablarse incluso de *status* de pertenencia a determinadas corporaciones u órdenes profesionales: *status* de empresario, de socio, etc. (*vid. ASCARELLI, Appunti di diritto commerciale*, II (3ª. ed.), 1936, pgs. 114 y ss.; NICOLO, R., «Riflessioni sul tema dell'impresa», en RODOTÀ (dir.), *Il diritto*, pgs. 385 y ss.; SAWER, *Law in society*, Oxford, 1965, pgs. 65 y ss.; CAVALLO, *Lo status professionale*, I, Milano, 1967, especialmente en pgs. 25 y ss.; entre nosotros GIRÓN, *Apuntes de Derecho mercantil (La empresa)*, Madrid, 1985-1986, pg. 46, habla de *status* de comerciante o empresario; en cambio, en *Apuntes de Derecho mercantil (Sociedades. Parte general)*, Madrid, 1983-1984, pg. 121, se muestra contrario a la idea de *status* de socio, por entender que se trata de un concepto problemático que produce escasos resultados

como estado civil sólo tendrá sentido y será útil si dicha situación presenta las características que se vienen predicando del estado civil, pues entonces conllevará la aplicación de importantes consecuencias de régimen jurídico. En este sentido, debe indicarse que, a pesar de las discrepancias e imprecisiones existentes en torno al concepto de estado civil y las dificultades de su configuración dogmática a lo largo de los tiempos, la doctrina y la jurisprudencia actuales vienen indicando, a la luz de los datos del Derecho positivo, unas características que configuran el contenido del estado civil en nuestro ordenamiento⁶⁹. Se afirma que los estados civiles son cualidades de la per-

seguros; más recientemente PARRA LUCÁN, *Orientaciones actuales*, pg. 183, rechaza igualmente la admisibilidad de un estado de socio, de comerciante, etc., por no reunir dichas situaciones los caracteres que, según nuestro ordenamiento, configuran el contenido del estado civil: sobre ello *vid. infra*, pg. siguiente).

⁶⁹ Como es sabido, la teoría del estado de las personas procede del Derecho romano en el cual el *status* era presupuesto de la personalidad y estaba integrado por la triple condición del *status libertatis*, el *status civitatis* y el *status familiae*. Con la desaparición de estas coordenadas del mundo romano (abolición de la esclavitud, reconocimiento de los derechos civiles a los extranjeros y de la capacidad jurídica a las personas sometidas a la autoridad familiar) y la aparición de otras circunstancias relevantes en la realidad social, el *status* perdió su antiguo significado y a partir de entonces ha presentado enormes dificultades a la doctrina moderna para su configuración técnica.

Surgen así numerosas concepciones, desde las que rechazan el concepto de *status* por considerarlo como un concepto conservador, entendiendo que los ordenamientos jurídicos han evolucionado de un sistema fundado sobre los *status* a uno basado en la igualdad y en la capacidad de todos los hombres (esta es la idea que late en la conocida fórmula de MAINE sobre el «movimiento del *status* al contrato»: *vid. Ancient Law*, London-New York, 1930, pgs. 99 y ss.; entre los autores españoles más recientes parece mostrarse escéptico respecto del estado civil GORDILLO, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986, pgs. 41 y ss.), a las que lo definen con extraordinaria amplitud y, en algunos casos, completamente al margen del derecho positivo (v. gr., las que conciben el estado civil como un conjunto de relaciones o de derechos y obligaciones, las que lo identifican con la cualidad de miembro de una comunidad o agrupación, etc.: para una amplia reseña de las diferentes teorías *vid. CICU*, «Il concetto di 'status'», *Studi in onore di Simoncelli*, Napoli, 1917, pgs. 61 y ss.; COSSÍO, «El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los 'estados' en el derecho civil actual», *RDP*, 1943 (núm. 27), pgs. 11 y ss.; DE CASTRO, *Derecho civil*, II, pgs. 58 y ss.; SANCHO REBULLIDA, voz «Estado civil», *NEJ(Seix)*, VIII, pgs. 862 y ss.; D'AMELIO «Capacità e status delle persone», en RODOTÀ (dir.), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, pgs. 133 y ss.; RESCIGNO, «Situazione e 'status' nell'esperienza del diritto», *Riv. dir. civ.*, 1973, pgs. 209 y ss.; PARRA LUCÁN, *Orientaciones actuales*, *passim*; ALPA, *Compendio del nuovo diritto privato* (2ª ed.), Torino, 2000, pgs. 357 y ss.).

En la doctrina española ha imperado durante muchos años la idea de que el estado civil es una *cualidad de la persona* determinante de su capacidad de obrar (así, entre otros, DE CASTRO, *Derecho civil*, II, pg. 70, con otras referencias; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, I-2 (10ª ed.), Madrid, 1963, pg. 140; SANCHO REBULLIDA, *NEJ(Seix)*, VIII, pg. 877; también DIEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, I, a lo largo de diversas ediciones (v. p. ej., la 4ª de 1981, pg. 260); ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, Barcelona, 1970; PUIG FERRIOL, en Puig Brutau, *Fundamentos de derecho civil*, I, I, Barcelona, 1979, pgs. 229 y ss.; más referencias en PARRA LUCÁN, *Orientaciones actuales*, pgs. 21 y ss.). Pero los cambios legislativos acaecidos en los últimos tiempos han llevado a una reformulación del concepto para seguir incluyendo en él situaciones consideradas tradicionalmente como estados civiles y que no influyen ya sobre la capacidad de obrar (como sucede, p. ej., con el matrimonio), entendiendo que el estado civil define la situación jurídica básica de la persona en la

sona que definen la situación jurídica básica de la misma en la sociedad y, por ello, constituyen materia de orden público. Esto explica que las normas reguladoras de los mismos sean imperativas, que se exija la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos relativos a los mismos (v. arts. 749 LECiv y 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) y que la autonomía de la voluntad esté limitada: los estados civiles son irrenunciables e indisponibles; no pueden ser objeto de renuncia, de transacción (v. arts. 6.2. y 1814 Cc y 751 LECiv, que señala que en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores no surten efecto la renuncia el allanamiento y la transacción) ni de arbitraje (art. 2.1 LA). El interés público en materia de estados civiles explica igualmente la existencia de un medio de prueba oficial y preconstituido (la inscripción de los actos que los crean o los modifican en el Registro civil: art. 1 LRC) y la eficacia *erga omnes* de la presunción de cosa juzgada de la sentencia que resuelve cuestiones relativas a los estados civiles (art. 1252-II CC y art. 222.3-II LECiv). En fin, y como consecuencia del carácter de orden público de la materia, la doctrina y la jurisprudencia afirman que los estados civiles constituyen situaciones dotadas de un cierto carácter de estabilidad y permanencia, lo cual no significa que sean inmodificables, sino que el ordenamiento exige determinadas garantías y solemnidades para su modificación y que no puedan someterse a condición ni a término⁷⁰.

Sin entrar todavía a determinar si las limitaciones del concursado de las que se está tratando son o no cualidades personales, basta una simple comparación de la situación del concursado con las características del estado civil para concluir que no es posible incardinar la situación del concursado en la categoría de los estados civiles. La situación del concursado carece de las notas de orden público y de indisponibilidad características del estado civil, como lo demuestra el hecho de que su subsistencia dependa de la voluntad del deudor y de los acreedores, los cuales pueden provocar la conclusión del procedimiento y de todos sus efectos, mediante el desistimiento o la renuncia de todos ellos (art. 176.1-5º LC), o celebrando un convenio, cuya aprobación lleva aparejada la cesación de casi todos los efectos del concurso (art. 133.2 LC); incluso puede depender de un tercero (p. ej., porque paga a todos los acreedores, determinando así la conclusión del concurso: v. art.

sociedad [así, GORDILLO, *Capacidad*, pg. 56; LACRUZ y otros, *Elementos de derecho civil, I. Parte general. Vol. 2. Personas* (3ª ed.) rev. por Delgado, Madrid, 2002, pg. 27; BERCOVITZ, *Manual de derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona* (2ª ed.), Madrid, 1998] o que, además de determinar la capacidad de obrar, es también fuente de derechos y obligaciones (v. Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil, I* (11ª ed.), Madrid, 2003, pg. 223; ALBALADEJO, *Derecho civil. I. Introducción y parte general* (16ª ed.), Madrid, 2004, pg. 237).

⁷⁰ *Vid.*, entre otros, PARRA LUCÁN, *Orientaciones actuales*, especialmente pgs. 181 y ss., donde pueden encontrarse otras referencias; LACRUZ, *Elementos de derecho civil. I. Parte general. Vol. 2. Personas*, pgs. 25 y ss.; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema, I*, pgs. 222-223; ALBALADEJO, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, pgs. 234 y ss.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, voz «Estado civil», *EJB*, II, pgs. 2898-2899; BERCOVITZ, *Manual de derecho civil. Derecho privado y derecho de la persona* (2ª ed.), Madrid, 1998, pgs. 101 y ss. Para la doctrina anterior *vid.*, por todos, DE CASTRO, *Derecho civil, II*, pgs. 71 y ss.

176.1.3º). Por otro lado, frente a la estabilidad y firmeza propia del estado civil, la situación del concursado tiene un carácter esencialmente transitorio, pues está vinculada a la existencia del procedimiento, que, en el nuevo Derecho, se pretende tenga la menor duración posible, estableciendo sanciones cuando se prolongue indebidamente (v. p. ej., arts. 74.3, 153, etc.). En fin, en el procedimiento concursal no interviene el Ministerio Fiscal, salvo en la pieza de calificación⁷¹.

5. Las limitaciones del concursado y la prodigalidad

La intervención y la suspensión y las limitaciones al ejercicio de acciones personales con trascendencia patrimonial que se imponen al concursado no son medidas de protección de la persona que las sufre ni constituyen tampoco una sanción, sino que se establecen *para la protección de terceros* (los acreedores). La situación del concursado parece, pues, aproximarse a la de los pródigos, a los cuales se limita su capacidad de obrar no en su propio beneficio, sino en el de la familia (el cónyuge, y los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos, que son los legitimados para solicitar la declaración de prodigalidad junto con los representantes legales de cualquiera de ellos y, en su defecto, el Ministerio Fiscal: art. 757.5 LECiv). Esto es lo que sucedía, desde luego, hasta la reforma de 1983: la prodigalidad era una *causa de incapacitación* y el pródigo estaba sometido a tutela. Con la mencionada reforma se pretendió fundar la incapacitación exclusivamente en la *falta de capacidad natural de la persona* y, por eso, se excluyó de entre las

⁷¹ Cfr. DE CASTRO, *Derecho civil*, II, pg. 364 y la sentencia del Tribunal Supremo de 30.6.1978 en la que, siguiendo textualmente las palabras de DE CASTRO, afirma que aun siendo muy importante la repercusión de la situación del patrimonio sobre la condición de la persona, «no tiene el alcance de producir un cambio de estado civil del quebrado (...) no creándose una situación firme con la premisa propia del estado civil, ya que su subsistencia, en definitiva depende de la voluntad de los interesados, que pueden terminarla por convenio, y carece de la nota de orden público estando entregada a la discreción de los acreedores». Con posterioridad, la sentencia de 2.12.1999 (RJ 1999, 8530) ha vuelto a señalar que la inhabilitación del quebrado «no es un estado civil», idea que reiteran las de 12.6.2000 (RJ 2000, 4408), 14.6.2000 (RJ 2000, 5286), 8.02.2001 (RJ 2001, 2046), 26.3.2004 (RJ 2004, 1716). Esta es también la idea dominante en la doctrina española: PERE RALUY, «Concepto del estado civil», *Pretor*, 1953, pg. 31; SANCHO REBULLIDA, *NEJ (Seix)*, VIII, pg. 891; ALBALADEJO, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, pg. 295; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, I, pgs. 223-224; PUIG BRUTAU, *Compendio de derecho civil*, I, Barcelona, 1987, pg. 183; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Aproximación al proceso de declaración de quiebra», *RDM*, 1977, pgs. 513 y ss.; CABANILLAS, *EJB*, I, pg. 1359; VALPUESTA FERNÁNDEZ, *EJB*, II, pg. 2898. Igualmente un importante sector de la doctrina italiana se ha alzado en contra de la consideración de la situación del concursado como un *status* (vid., entre otros, AZZOLINA, *Il fallimento*, I, pg. 324; SATTÀ, «Sul preteso e inesistente concetto di “status” di fallito», *Dir. fall.*, 1962, II, pgs. 5 y ss.; ID., «Tendenze liberali e illiberali nella interpretazione della legge fallimentare» *Riv. dir. comm.*, 1963, I, pgs. 33 y ss.; ID., *Diritto fallimentare* (2ª ed.), Padova, 1990, pgs. 81 y ss.; SCHETTINI, *Situazione giuridica ed incapacità derivante dal fallimento*, Roma, 1964, pg. 16; VITALE, *La dichiarazione del fallimento*, Milano, 1967, pg. 103 y ss.; PROVINCIALI, *Tratato*, I, pgs. 772 y ss.; PROVINCIALI/RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988, pgs. 221 y ss.).

causas de incapacitación a la prodigalidad, pues esta institución no trata de tutelar al pródigo en atención a su grado de discernimiento, sino a la familia. Sin embargo, no está claro que se haya conseguido verdaderamente tal objetivo, puesto que, aunque se excluyó a la prodigalidad del Título IX del Código Civil, dedicado a la incapacitación, se la incluyó en el X que lleva el título «De la tutela, de la curatela y guarda de los menores o incapacitados», viniendo a incurrir así en el mismo defecto que la normativa anterior, en la cual la incapacitación se regulaba dentro de la tutela. El legislador pretendió sacar a la prodigalidad de la incapacitación, pero *se quedó a medio camino*, puesto que la sigue tratando junto con otras circunstancias que inciden en la capacidad de obrar (emancipación y enfermedades o deficiencias del sujeto, que le someten únicamente a curatela) y de la misma forma que ellas. En este sentido, la declaración de un sujeto como pródigo supone la imposibilidad de que realice por sí solo los actos que determine la sentencia de declaración de prodigalidad, para los cuales *necesitará el consentimiento del curador* (art. 298 CC), de forma semejante a quienes son incapacitados a causa de una enfermedad o deficiencia física o psíquica y son sometidos a la *asistencia de un curador* para los actos que se establezcan en la sentencia de incapacitación (arts. 287 y 289 CC). Además, los actos realizados por ambos sujetos sin la intervención del curador serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela (arts. 293 y 1301 y ss. CC). A la vista de lo anterior, la mayoría de la doctrina no duda en considerar que la prodigalidad constituye un supuesto de *limitación de la capacidad de obrar*⁷²; idea que parece aceptar, desde la óptica procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, que trata de los procesos de incapacitación y de la declaración de prodigalidad bajo la rúbrica «De los procesos sobre la capacidad de las personas» (Capítulo II del Título I del Libro IV).

En realidad, lo que ocurre es que existen varios *grados de incapacidad*: una

⁷² Vid., entre otros y con distintos matices, GETE ALONSO, *La nueva*, pg. 295, ID., en PAZ-ARES y otros (dir.), *Comentario del Código Civil*, I (2ª ed.), Madrid, 1993, pg. 294; SALVADOR CODERCH, en esta misma obra, pg. 846; LETE DEL RÍO, *Comentarios*, IV, pg. 238; OSSORIO MORALES, *La prodigalidad*, Madrid, 1987, pgs. 109 y ss.; MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación*, pg. 195; RODRÍGUEZ-YÑESTO, *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona*, Elcano, Navarra, 1991, pg. 329; LACRUZ y otros, *Elementos de derecho civil. I.2. Personas*, pg. 169; GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Naturaleza jurídica de la prodigalidad. Prohibiciones que afectan al curador; actos celebrados por el pródigo sin la debida asistencia de aquél: su sanción [Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 23 de diciembre de 1997], *RDP*, 1999 (septiembre), pg. 644; SERRANO ALONSO, en SIERRA GIL (coord.), *Comentario del Código Civil*, 2, Barcelona, 2000, pg. 676. Algunos autores hablan incluso de *incapacitación* del pródigo (así, p. ej., ALBALADEJO, *Derecho civil. I. Introducción y parte general* (16ª ed.), Madrid, 2003, pg. 272; O'CALLAGHAN, *Compendio de derecho civil. I. Parte general*, Madrid, 2002, pgs. 301-303; R. BERCOVITZ, «La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico», *PJ*, 1986, núm. 3, pg. 112; ROCA GUILLAMÓN, en PAZ-ARES y otros, *Comentario del Código Civil*, I, pg. 630). No faltan, sin embargo, autorizadas voces que afirman que la *ratio* normativa de la prodigalidad (como medida que se dirige a proteger y a conservar los créditos alimenticios que sobre el patrimonio del sujeto ostentan determinadas personas), ajena por completo al autogobierno, impide calificar técnicamente como situación de incapacidad la del declarado pródigo (RAMOS CHAPARRO, *La persona*, pg. 243).

incapacitación amplia, que somete a la persona a tutela y en la que el incapacitado es *representado (sustituido)* por el tutor, y una *incapacidad restringida* (por causas diversas: emancipación, prodigalidad, e incapacitación por enfermedades o deficiencias que somete al incapacitado a curatela), que *permite al incapaz actuar por sí mismo*, necesitando únicamente la *asistencia* del curador (o de los padres) para la realización de determinados actos, sin perjuicio de que dentro de cada grado la extensión de la incapacidad no sea siempre la misma, puesto que la sentencia de incapacitación debe determinar en todo caso la *extensión y límites* de la incapacitación (arts. 210 Cc y 760.1 LECiv), al igual que sucede con la sentencia que declara la prodigalidad, que debe fijar los actos para los que el pródigo necesita el consentimiento del curador (art. 760.3 LECiv).

La cuestión que hay que plantear aquí es si las limitaciones del concursado, como *medidas de protección de terceros* que son, pueden ser consideradas como circunstancias que afectan a la capacidad de obrar de la persona, de forma semejante a lo que sucedía con la prodigalidad antes de la reforma de la incapacitación y aún sigue ocurriendo, si bien con menor alcance, intensidad y claridad, en el Derecho vigente. Y la respuesta debe ser negativa, porque, aunque prodigalidad y limitaciones del concursado son medidas de protección de terceros, *el fundamento de una y otras es radicalmente diferente*, lo que impide establecer cualquier paralelismo entre dichas instituciones. La prodigalidad se basa en una conducta, es un *modo de ser del sujeto*, o, para decirlo brevemente es, a la postre, una *cualidad personal*⁷³ aunque sólo se tome en consideración cuando existen familiares que puedan verse afectados por la conducta de tal sujeto. Frente a ello, el concurso y la intervención o la suspensión y las limitaciones al ejercicio de acciones personales a él inherentes se fundan en la *situación de un patrimonio*, que es insuficiente para satisfacer a los acreedores, lo que exige adoptar las medidas necesarias para preservarlo a tal fin.

6. Las características definitorias de la incapacidad de obrar

De la exposición anterior se deduce que las limitaciones derivadas del concurso no pueden incardinarse en ninguno de los supuestos de incapacidad recogidos (actualmente o en el pasado) por nuestro ordenamiento; se trata de una figura que no entra en la horma de la institución regulada por las

⁷³ Basta para percatarse de ello con fijarse en la definición que la doctrina suele dar de la prodigalidad: «conducta socialmente condenable de quien pone en injustificado peligro (directa o indirectamente) la situación patrimonial de su familia más cercana» [así, DE CASTRO, *Derecho civil*, II, pg. 338; concepto que puede verse en los comentarios, en la bibliografía especializada y en la manualística general; entre los más recientes *vid.*-GETE ALONSO, *La nueva*, pgs. 298 y ss.; ID., en PAZ-ARES y otros (dir.), *Comentario del Código Civil*, I, pg. 847; SALVADOR CODERCH, en la misma obra, I, pgs. 846-847; ALBALADEJO, *Derecho civil.I. Introducción y parte general*, pgs. 286 y 287; LACRUZ y otros, *Elementos de derecho civil. Parte general.I.2. Personas*, pg. 168. *Vid.* también RODRÍGUEZ-YNTESTO, *La prodigalidad*, pgs. 88 y ss.].

leyes civiles⁷⁴. Por ello, una incapacitación del sujeto a causa de enfermedades o deficiencias no impediría una nueva incapacitación a consecuencia del concurso, produciéndose entonces sobre la misma persona una superposición de incapacitaciones con finalidades diversas, lo cual no deja de ser un contrasentido, pues lo lógico sería que la incapacitación más leve quedara absorbida por la más grave⁷⁵.

Llegados a este punto, hay que plantearse si la *incapacidad de obrar* es una figura general de la cual la *incapacitación* y la minoría de edad (a la que habría que añadir, según la doctrina mayoritaria, la prodigalidad) no serían más que algunas especies o si éstas son las únicas causas de limitación de la capacidad de obrar, como ha señalado la doctrina civilista más reciente⁷⁶. Un dato importante a tener en cuenta en la resolución de esta cuestión se encuentra en la decisión del propio legislador de excluir la prodigalidad del Título dedicado a la incapacitación. Esta exclusión debe interpretarse, en efecto, como el deseo de *reducir la incapacitación a una institución protectora del sujeto que padece una enfermedad o deficiencia* y, por lo tanto, ésta debe ser la pauta a tener en cuenta para no llevar al ámbito de la incapacidad de obrar limitaciones que no estén configuradas expresamente como tales. Pero esto no resuelve totalmente el problema, porque la idea de que la declaración de concurso *incapacita* al concursado (art. 1914 CC) permanece en algunos de los textos legales vigentes (v., p. ej., 7.8, LECiv, introducido por la Ley Concursal, que habla de las limitaciones de la capacidad del concursado), de manera que es preciso determinar si esas limitaciones previstas legalmente tienen la naturaleza de una verdadera incapacidad.

Para contestar a la pregunta formulada es necesario partir de la noción de *capacidad*, sobre la cual reina aún bastante incertidumbre⁷⁷. Baste señalar aquí que la ciencia jurídica ha elaborado en este ámbito dos categorías abso-

⁷⁴ Para una crítica a la teoría de la incapacidad del concursado desde la óptica de las causas de incapacitación vid. ZANARONE, *La risoluzione del contratto nel fallimento*, Milano, 1970, pg. 243.

⁷⁵ Vid. DE CASTRO, *Derecho civil*, II, pg. 294. Consciente del contrasentido de someter a una persona al mismo tiempo a dos «incapacitaciones» diversas, R. BERCOVITZ señala que en caso de declaración de concurso de un incapacitado, la limitación del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer derivada del procedimiento concursal no puede ser reconducida a la incapacidad, sino a la falta de legitimación, a diferencia de lo que sucede cuando se declara en concurso a una persona que tiene capacidad de obrar (v. *Comentarios*, I, pg. 360).

⁷⁶ V. Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, I, pg. 214; LETE DEL RÍO, *Comentarios*, IV, pg. 164. Otros añaden a ellas la llamada incapacidad natural (la no declarada judicialmente: v. RAMOS CHAPARRO, *La persona*, pgs. 311 y ss. y 458, siguiendo las ideas de GORDILLO, *Capacidad*, pgs. 41 y ss.).

⁷⁷ Una de las causas fundamentales de la incertidumbre existente en el tema de la capacidad y de la incapacidad radica en la multitud de significados que se atribuyen a estos términos no sólo en el mundo jurídico, sino también en el lenguaje cotidiano e incluso en las diversas ciencias (sobre el tema vid. FALZEA, *Encicl. dir.*, 1970, VI, pgs. 8-9 y, entre nosotros, GORDILLO, voz «Capacidad (Derecho civil)», *EJB*, I, Madrid, 1995, pg. 900, y RAMOS CHAPARRO, *La persona*, pg. 180).

lutamente diferenciadas. Por un lado, la *capacidad jurídica* (*Rechtsfähigkeit*, capacidad de *jouissance*), que es definida como la *aptitud general y abstracta de la persona para ser titular de derechos y obligaciones o de relaciones jurídicas*. Y, por otro, la *capacidad de obrar* (*Handlungsfähigkeit*, capacidad de *exercice*), considerada como la *aptitud de la persona para el ejercicio de los derechos y para la asunción de obligaciones o, de forma más exacta, como la aptitud para realizar actos y negocios jurídicos y provocar el surgimiento de los efectos jurídicos establecidos para la tutela de tales actos y negocios*⁷⁸. Mientras la capacidad jurídica alude al aspecto estático o pasivo del sujeto, la capacidad de obrar se refiere, en cambio, al aspecto activo o dinámico⁷⁹. Toda persona por el

⁷⁸ La idea de que la capacidad jurídica es la capacidad de goce, mientras que la capacidad de obrar se corresponde con la capacidad de ejercicio, desarrollada ampliamente por la doctrina francesa (v. HOUIN, «Les incapacités», *Rev. trim. dr. civ.*, 1947, pgs. 383 y ss.; RIPER/BOULANGER, *Tratado* III, 2ª, pg. 435; WEIL/TERRÉ, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités* [5ª ed.], Paris, 1983, pg. 727; GOUBEAUX, en Ghestin [dir.], *Traité de droit civil. Les personnes*, Paris, 1989, pg. 24; MAZEAUD, H./MAZEAUD, L./CHABAS, *Leçons de droit civil. I. Les personnes*, vol. 2 [8ª ed. por Laroche-Gisserot], Paris, 1997, pg. 661) y acogida también por la doctrina española (v., p. ej., CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral. I. Introducción y parte general* [14ª ed.], Madrid, 1984, pg. 162), ha sido criticada porque las expresiones goce y ejercicio de los derechos son idénticas y porque la capacidad de obrar es más amplia que la capacidad para el ejercicio de los derechos, pues junto a éstos están las obligaciones; incluso cabe la posibilidad de ejercer los derechos sin necesidad de tener para ello capacidad de obrar (v. gr.: las formas de ejercicio que se concretan en la realización de actos materiales: *vid.*, STOLFI, *voce* «Capacità di agire», *Nuo. Dig. it.*, II, pg. 777; RESCIGNO, *voce* «Capacità di agire», *Noviss. Dig. it.*, II [3ª ed.], pgs. 862; FALZEA, *Encicl. dir.*, 1970, VI, pg. 16; RAMOS CHAPARRO, *La capacidad*, pg. 274). Por esa razón, seguramente es más correcto definir la capacidad de obrar, como hace la doctrina mayoritaria, como aptitud para realizar actos con efectos jurídicos (v., entre nosotros, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil*, II, Madrid, pg. 116; ALBALADEJO, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, pg. 215; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, I, pg. 214; LACRUZ y otros, *Elementos de derecho civil. I. Parte general. 2. Personas*, pgs. 2 y ss.; en la doctrina extranjera, entre otros, FERRARA, F., *Trattato di diritto civile*, I, 1, Roma, 1921, pg. 458; CARNELUTTI, «Notas sobre la capacidad y la incapacidad», *RDP*, 1953, núm. 440, pg. 949; DE CUPIS, *Istituzioni di diritto privato* [4ª ed.], Milano, 1987, pg. 34; VON TUHR, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán, I.2. Las personas*, Buenos Aires, 1946, pgs. 13-14; LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts* [5ª ed.], München, 1980, pgs. 75 y 86; MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB* [4ª ed.], Heidelberg, 1990, pgs. 387 y ss.; HEINRICHS, en *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch* [63ª ed.], München, 2004, parág. 1, Rdn. 1, pg. 10 y parág. 104, Rdn. 2, pg. 77).

Sin embargo, se ha señalado con acierto que esta definición, tomada en su sentido literal, es inapropiada porque aun faltando la capacidad de obrar se pueden producir efectos jurídicos, aunque éstos no sean estables. Por lo tanto, es más correcto considerar la capacidad de obrar como la posibilidad de realizar actos jurídicos, dando lugar al surgimiento de los efectos previstos en la norma para la tutela de dichos actos (así, FALZEA, *Encicl. dir.*, 1970, VI, pgs. 16-17, y, reiterando sus ideas, en la doctrina española GORDILLO, *Capacidad*, pgs. 35-36 y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pago y transmisión de propiedad [El artículo 1160 del Código Civil]*, Madrid, 1990, pg. 47).

⁷⁹ Sobre el tema *vid.* FERRARA, F., *Trattato*, I, 1, pg. 459; FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, pg. 93; ID., *Encicl. dir.*, 1970, VI, pgs. 19 y 22; ARENA, *voce* «Incapacità (dir. priv)», *Encicl. dir.*, XX, pg. 915; CASTÁN, *Derecho civil*, I, 2, pg. 162; GORDILLO, *Capacidad*, pgs. 21 y ss.; RAMOS CHAPARRO, *La persona*, pgs. 212 y ss. Para aludir a esta idea son particularmente expresivos los términos *passive capacity* y *active capacity* utilizados por la doctrina inglesa y por la suiza para referirse a la capacidad jurídica y a la capacidad

hecho de serlo tiene capacidad jurídica. La capacidad jurídica es un *atributo esencial* de la persona, expresión de la propia personalidad y de la dignidad humana, que se adquiere con el nacimiento y termina con la muerte⁸⁰. La capacidad de obrar, en cambio, no tiene por qué corresponder a toda persona y puede limitarse de una manera general⁸¹.

de obrar respectivamente [*vid.* respecto de la primera JENKS, *A digest of english civil law*, I (2ª. ed.), London, 1947, pg. 1 y en la suiza DESCHENAUX-STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle* (2ª. ed.), Berne, 1986, pg. 10]. Se ha afirmado, sin embargo, que la distinción entre capacidad jurídica y de obrar es privativa del Derecho privado y que no es aplicable en el ámbito del Derecho público porque en éste la falta de capacidad para el ejercicio lleva consigo normalmente la falta de capacidad para la titularidad, en la medida en que tales derechos no pueden ejercitarse por medio de representante [así, LAVAGNA, *voce* «Capacità di diritto pubblico», *Encicl. dir.*, VI, pg. 89 y la literatura allí citada; en la doctrina española PÉREZ ALGAR, *Estudios sobre la incapacidad e instituciones tutelares* (por YZQUIERDO BUSTOS y otros), Madrid, 1984, pgs. 55 y ss.]. Ahora bien, ésta es una idea que no puede predicarse de todos los derechos de carácter público (prácticamente se reduce al derecho de sufragio y al acceso a las funciones públicas) y que no se plantea únicamente en este campo, sino también en el Derecho privado, donde existen ciertos derechos que no pueden ejercitarse por medio de representante legal (v. gr.: el matrimonio o el testamento). Como señala DE CASTRO, *Derecho civil*, II, pg. 56, el error de este razonamiento está en suponer que toda falta o limitación de la capacidad de obrar –para ser considerada tal y no falta de capacidad jurídica– ha de poder ser suplida por la representación legal.

⁸⁰ Vid., entre otros, BREIT, *Die Geschäftsfähigkeit*, Leipzig, 1903, pg. 6; RAISER, «Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht», *ZHR*, 1948, pgs. 78 y ss.; BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano, 1984, pg. 196; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, I, pg. 214; LETE DEL RÍO, *Comentarios*, IV, pg. 160; GORDILLO, *Capacidad*, pg. 26; RAMOS CHAPARRO, *La persona*, 267. Al ser la capacidad jurídica una cualidad esencial del sujeto, expresión de la personalidad, no es posible admitir la existencia de una incapacidad jurídica general, que únicamente se produce con la muerte. Cuestión distinta es si caben incapacidades jurídicas especiales. Un sector doctrinal admite la existencia de incapacidades jurídicas especiales, ante la existencia de circunstancias en base a las cuales la Ley excluye al sujeto de la titularidad de determinados derechos y obligaciones (la edad, el sexo, la condena penal, etc.). La diferencia entre la incapacidad jurídica y la incapacidad de obrar radicaría entonces en que ésta puede ser suplida por medio de representante, salvo, naturalmente, en los supuestos de derechos personalísimos, y la primera, en cambio, no podría serlo [*vid.*, entre otros, CASTÁN, *Derecho civil*, I, 2, pg. 163; RESCIGNO, *voce* «Capacità giuridica (diritto civile)», *Novis. Dig. it.*, II (3ª. ed.), pgs. 875-876; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile* (5ª. ed.), Napoli, 1957, pg. 8; FALZEA, *Encicl. dir.*, 1970, VI, pgs. 12 y 26; ARENA, G., *Encicl. dir.*, XX, 1970, pgs. 914-915; CHERCHI, *Istituzioni di diritto privato* (16ª. ed.), Padova, 1983, pg. 47; AUBRY/RAU, *Cours de droit civil français*, I (7ª. ed.), Paris, 1964, pgs. 359-360; WEIL/TERRÉ, *Droit.*, pg. 727; GOUBEAUX, en Ghestin (dir.), *Traité*, pgs. 25-26; MAZEAUD, H./MAZEAUD, L./CHABAS, *Leçons*, I, 2, pg. 8]. En contra de la admisibilidad de incapacidades jurídicas especiales se han manifestado, entre nosotros, Díez-PICAZO, en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, I, 1978, pg. 823; GORDILLO, *Capacidad*, pgs. 30-31, y, más recientemente, RAMOS CHAPARRO, *La capacidad*, pgs. 269 y ss., quienes consideran que los supuestos considerados como incapacidades jurídicas especiales pueden explicarse por otras vías menos comprometidas (por la vía del carácter personalísimo de la actuación para adquirir la titularidad de los derechos y obligaciones, por la existencia de prohibiciones legales, etc.), lo cual es indudablemente cierto, obedeciendo la calificación de «incapacidad jurídica especial» seguramente a que se centra la atención únicamente en el efecto: la inidoneidad para asumir la titular de relaciones jurídicas.

⁸¹ Vid., por todos, Díez-PICAZO, en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, I, pgs. 822-823; GORDILLO, *Capacidad*, pg. 39 y RAMOS CHAPARRO, *La persona*, pgs. 273 y ss. Es neces-

Si se centra la atención en las limitaciones del concursado para el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de sus bienes y para entablar acciones personales con trascendencia patrimonial, se observa que no se plantea la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, sino para actuar con eficacia jurídica. Por lo tanto, el estudio debe encuadrarse en la institución de la capacidad de obrar. Pues bien, si la *capacidad de obrar* es la aptitud de la persona para realizar eficazmente actos jurídicos, quiere decirse que toda persona que no pueda realizar eficazmente tales actos *carece de capacidad de obrar*. Este razonamiento elemental conduce a considerar que el concursado, al no poder realizar actos de administración ni de disposición del patrimonio concursal o no poder realizarlos por sí solo ni entablar acciones personales con trascendencia patrimonial, carece de capacidad de obrar. Por lo tanto, se impone la tarea de determinar si todos los supuestos en que un sujeto no puede realizar eficazmente actos jurídicos deben calificarse como hipótesis de incapacidad de obrar y, en caso de que la respuesta a este interrogante sea negativa, buscar las notas diferenciadoras entre la incapacidad de obrar y otras figuras que impiden a la persona actuar con eficacia jurídica.

La ciencia jurídica ha puesto de relieve, a este respecto, que no todos los casos en los que un sujeto está privado de la posibilidad de realizar actos jurídicos con eficacia pueden considerarse supuestos de incapacidad de obrar. Por tanto, la afirmación de que la capacidad de obrar es la aptitud de la persona para realizar eficazmente actos jurídicos debe ser concretada y matizada⁸². En este sentido, se considera que la capacidad y la incapacidad

rio señalar, sin embargo, que la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar ha sido puesta en duda por algunas corrientes doctrinales. En este sentido, existe una primera dirección que ha cuestionado la utilidad del concepto de capacidad jurídica (así, RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1973, pg. 103; *vid.* también PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pg. 137; MAIORCA, *Novis. Dig. it.*, XX, 1957, pg. 745, quienes mantienen que si bien se trata de un concepto que tiene un innegable valor moral en cuanto expresa el rechazo de discriminaciones existentes en otros tiempos, desde el punto de vista práctico la noción de capacidad jurídica general tiene escasa importancia). Otras veces, se considera como un concepto secundario (así, HANKE, *Rechtsfähigkeit. Persönlichkeit. Handlungsfähigkeit*, Berlin, 1928, pgs. 21 y ss.). Otra corriente ha negado la existencia de la capacidad jurídica (así, HÖLDER, *Natürliche und juristische Personen*, Leipzig, 1905, pg. 123, que mantiene que no es posible atribuir derechos a quien no está en condiciones de ejercitarlos). Otros, finalmente, han tratado de reconducir ambas categorías a una noción unitaria de capacidad [así, COING, «Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorie der Menschenrechte», en WOLFF (dir.), *Beiträge zur Rechtsforschung*, Tübingen, 1950, pgs. 205 y ss.]. Ahora bien, el hecho de que a toda persona desde su nacimiento correspondan determinados valores y derechos dignos de tutela, aunque no tenga capacidad de obrar, es una muestra de la independencia y de la primacía de la capacidad jurídica respecto de la capacidad de obrar (*vid.* ya las críticas de DE CASTRO, *Derecho civil*, II pgs. 43-44; FALZEA, *Encicl. dir.*, 1970, VI, pgs. 22-23; GORDILLO, *Capacidad*, pg. 25 y, más próximo a nosotros, RAMOS CHAPARRO, *La persona*, pgs. 196 y ss., que sigue defendiendo la utilidad de la clasificación tradicional).

⁸² La definición de la capacidad de obrar como aptitud para realizar actos con eficacia jurídica (definición por el resultado) supone la inclusión en su ámbito, junto a la capacidad propiamente dicha, de los restantes presupuestos legales de validez o eficacia del

de obrar constituyen *condiciones o cualidades personales o intrínsecas del sujeto*⁸³ y que son, asimismo, *cualidades jurídicas abstractas*⁸⁴. Tradicionalmente estas características podían apreciarse claramente en las incapacitaciones protectoras, basadas en la falta de discernimiento de la persona, pero también concurrían en otras incapacitaciones establecidas por la Ley con el fin de sancionar a determinados sujetos. Así sucedía con la interdicción civil; aunque ésta no dependía de condiciones subjetivas de la persona, se vinculaba a la propia persona en atención a su conducta; se articulaba como una limitación que se imponía a la persona como tal y sin consideración a si era o no titular de un patrimonio. En el Derecho vigente no cabe duda alguna acerca de que la incapacidad es una cualidad personal o intrínseca, que se basa en condiciones subjetivas del sujeto⁸⁵. Pero tampoco es dudoso que se

acto (v. SCHWIMANN, *Die Institution der Geschäftsfähigkeit*, Wien, 1965, pgs. 58-59; entre nosotros RAMOS CHAPARRO, *La persona*, pg. 300).

⁸³ Vid. BREIT, *Die Geschäftsfähigkeit*, pg. 10; HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I (reimp. de la ed. de 1912), Darmstadt, 1968, pg. 163; SCHWIMANN, *Die Institution*, pgs. 58 y 64; BERG, «Die Prozessführungsbefugnis im Zivilprozess», *JuS*, 1966, pg. 461; ROSENBERG/SCHWAB, *Zivilprozessrecht* (14ª. ed.), München, 1986, pg. 250; HEINRICHS, en *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch* (60ª. ed.), München, 2004, *vor. parág.* 104, Rdn. 4, pg. 78; en la italiana CARNELUTTI, «Legittimazione a comprare», *Riv. dir. comm.*, 1935, I, pg. 503; INVREA, «Possibilità giuridica e legittimazione», *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, pg. 322-323; MONACCANI, *Azione y legittimazione*, Milano, 1951, pg. 107; CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico* (trad. de ALBALADEJO), Madrid, 1956, pg. 528; BETTI, *Teoría general del negocio jurídico* (trad. de MARTÍN PÉREZ) (2ª. ed.), Madrid, 1959, pg. 168; FALZEA, *Encicl. dir.*, 1970, VI, pg. 44; y, entre nosotros, GÓMEZ ORBANEJA, «Legitimación y representación», *Estudios de derecho histórico y moderno*, Barcelona, 1947, pgs. 29 y 35; DUALDE, «Capacidad», *NEJ (Seix)*, III, 1951, pg. 630; LADARIA, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, pg. 15; CASTÁN, *Derecho civil*, I, 2, pg. 165; LETE DEL RÍO, en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios*, IV, pg. 164; GORDILLO, *EJB*, I, pgs. 900-901; RAMOS CHAPARRO, *La persona*, pgs. 281 y 305; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, I, pg. 147 y sentencias del Tribunal Supremo de 10.6.1982 (RJ 1982, 4226) y de 4.11.1987 (RJ 1987, 8136).

⁸⁴ Así, ya BREIT, *Die Geschäftsfähigkeit*, pg. 22, afirma que la incapacidad es la protección más fuerte que concede el Derecho, pues tutela a la persona con independencia de que sea o no titular de un patrimonio y no sólo frente a los perjuicios que se le puedan causar en la actualidad, sino también en el futuro; SCHWIMANN, *Die Institution*, pg. 58, la califica como «präliminäre Voraussetzung», de «pränegotialen Charakter»; también FALZEA, *Il soggetto*, pg. 186; ID., *Encicl. dir.*, 1970, VI, pgs. 17, 23-24 y 44-45, señala que la capacidad de obrar no se determina caso por caso, pues se trata de una *cualidad jurídica general del sujeto, preliminar a cualquier acto o comportamiento*; es una cualidad jurídica *abstracta y general*, porque corresponde a la persona sin consideración a un acto concreto. En el mismo sentido, entre otros, GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, 1943, pgs. 110 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, en *Estudios de derecho histórico y moderno*, pg. 29; MONACCANI, *Azione*, pgs. 104 y ss.; LADARIA, *Legitimación*, pg. 18; ÁVILA ROMERO, «Estudio sobre la legitimación», *RGD*, 1961 (núm. 198), pg. 218; SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», *Justicia*, 1987, pg. 300; y, más recientemente, RAMOS CHAPARRO, *La persona*, pgs. 290 y 293, que afirma que la capacidad de obrar «es cualidad inherente a la persona, independiente de toda titularidad y relativa únicamente a ella como sujeto activo potencial», es «un límite intrínseco (...) previo e independiente de las titularidades que correspondan al sujeto».

⁸⁵ Así se deduce de la enumeración de las causas de incapacitación que realiza el artículo 200 del Código Civil. Pero, además, es también una cualidad personal la prodigalidad, pues se basa en un modo de ser del sujeto y afecta únicamente al declarado pródigo.

trata de una cualidad abstracta del sujeto, que se determina por el Derecho sobre la base de actos para los que no tiene la suficiente aptitud de discernimiento con independencia de que sea o no titular de un patrimonio. El hecho de que el juez deba determinar la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 760 LECiv) no significa que la resolución judicial que declara la incapacitación pueda establecer una incapacidad «concreta» y «limitada objetivamente a bienes determinados». La *incapacitación depende de la falta de aptitud de discernimiento de la persona para entender y valorar la gravedad y la trascendencia de sus actos* (art. . 200) y, por lo tanto, el juez no puede establecer que una persona está incapacitada únicamente para realizar (por sí o por sí sola) un acto concreto sobre uno o varios bienes determinados, sino para todos los actos (con independencia de cuál sea su naturaleza) que requieran idéntica capacidad de discernimiento y que supongan idéntico riesgo para su esfera personal o patrimonial (v. gr., actos de enajenación, de gravamen, de renuncia, de aceptación de herencias, de transacción, etc.), porque, aunque en la actualidad no sea titular de bienes que le permitan realizar los actos para los que se le incapacita, puede adquirirlos en el futuro, pues no debe olvidarse que sólo son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias *persistentes* (art. 200 CC). La incapacidad puede estar limitada a *categorías de actos*, pero el presupuesto de la incapacitación impide, por su propia naturaleza, la posibilidad de una «incapacidad limitada objetivamente a ciertos bienes o derechos»⁸⁶.

Esas características esenciales de la capacidad y de la incapacidad de obrar (cualidad personal o intrínseca y abstracta del sujeto) han constituido el punto de partida para excluir del ámbito de la capacidad de obrar las limitaciones en las que no concurren esos caracteres. De esta forma, empieza a elaborarse por la dogmática jurídica –en un primer momento con la finalidad de explicar los supuestos de actos de disposición realizados por el no

⁸⁶ La doctrina discute si la incapacidad de obrar es o no una cualidad general. Si con semejante calificación quiere decirse que es una limitación absoluta, que afecta necesariamente a la totalidad de la esfera jurídica de la persona, dicha afirmación no es evidentemente cierta en un sistema como el nuestro que prevé la graduación de la incapacidad y que no exige la misma capacidad para todas las instituciones (p. ej., para el testamento y para el contrato: v., entre otros, GORDILLO, *Capacidad*, pgs. 39 y 42; RAMOS CHAPARRO, *La persona*, pg. 274 y allí otras referencias). Pero, a veces, y partiendo de la base de que puede estar limitada a una categoría de actos (v. gr., a los actos de disposición), se afirma que la incapacidad de obrar (o su contraria) es una cualidad general en el sentido de que se determina en función de la clase de acto, prescindiendo de su objeto específico [vid. al respecto FALZEA, *Encicl. dir.*, 1970, VI, pg. 44, que afirma que los supuestos que califica como de capacidad de obrar especial (v. gr.: el menor sometido a una incapacidad general de obrar, pero que a partir de una determinada edad está habilitado para realizar determinados actos: testamento, contrato de trabajo, reconocimiento de hijos, etc.), son situaciones jurídicas generales, porque son consideradas respecto al tipo y al *genus* del acto, prescindiendo de elementos de especificación como el objeto de dicho acto; en el mismo sentido, CUENA, *Función del poder de disposición*, pg. 494; y parece ser también el sentido en el que Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, I, pg. 215, afirman que «la incapacidad o la limitación de la capacidad (...) es general»].

titular— una categoría independiente de la capacidad de obrar, que plasma en la doctrina italiana, y posteriormente en la española, en la figura, todavía no perfilada completamente, de la *legitimación*, en sus dos variantes de *legitimación para obrar* y *legitimación para adquirir*⁸⁷, y en la doctrina alemana, y más tarde también en la italiana y española, en la figura del *Verfügungsmacht* (poder de disposición)⁸⁸ y, aunque en este caso la elaboración doctrinal ha sido menos intensa, del *Erwerbsmacht* y del *Verpflichtungsmacht* (poder de adquisición y de obligación respectivamente). A pesar de la diferencia de terminología, se alude a un mismo fenómeno⁸⁹, pues en ambos casos se

⁸⁷ La legitimación para obrar es paralela a la capacidad de obrar, mientras que la legitimación para adquirir está en una cierta relación con la capacidad jurídica. Así, por ejemplo, una persona mayor de edad y no incapacitada en virtud de sentencia judicial tiene una aptitud general (capacidad de obrar) para contraer matrimonio. Ahora bien, la relación existente entre esa persona y un pariente próximo impide la celebración del matrimonio. Esto no quiere decir que esa persona sea incapaz para contraer matrimonio; simplemente carece de legitimación. En la falta de legitimación para adquirir, la Ley impide que el sujeto adquiera bienes o derechos con los que se encuentra en una cierta posición o relación (v. gr.: el tutor no puede adquirir bienes de las personas que se encuentran bajo su tutela o el albacea los bienes confiados a su cargo: art. 1459 CC). No se trata —en terminología tradicional— de una incapacidad jurídica especial, porque al tutor no se le prohíbe adquirir por compra esos bienes respecto de cualquier persona, sino únicamente respecto de un sujeto con el que se encuentra en una cierta relación (sobre el tema *vid.*, entre otros, BETTI, *Teoría*, pgs. 181-182; MONACCIANI, *Azione*, pgs. 120 y ss.; FALZEA, *Encicl. dir.*, 1970, VI, pgs. 45-46; ID., *Il soggetto*, pg. 195). La doctrina civilista española actual incluye también la legitimación entre los requisitos necesarios para el ejercicio de los derechos subjetivos y/o para la realización de actos y negocios jurídicos (Cfr. DIEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, I, pg. 429; LACRUZ y otros, *Elementos de derecho civil. I. Parte general*, vol. 3º (2ª. ed. rev. por Delgado), Madrid, 2000, pgs. 102 y 149-150; también ALBALADEJO, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, pgs. 232-233, afirma que para celebrar actos jurídicos no basta con la capacidad de obrar, es necesario, además, que al sujeto le sea posible realizar el acto singular y que a esta posibilidad le llaman algunos legitimación).

⁸⁸ El *Verfügungsmacht* es denominado también *Verfügungsbefugnis* e incluso, a veces, *Dispositionsfähigkeit* y *Verfügungsfähigkeit* (facultad de disposición y capacidad de disposición: v. *id.* especialmente SCHWIMANN, *Die Institution*, pg. 59; HEFERMEHL, en *Soergel.BGB*, I, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1978, *vor.* parág. 104, Rdn. 3, pg. 439).

⁸⁹ Basta para comprobarlo la comparación de la caracterización que hace la doctrina germánica del poder de disposición [*vid.*, por todos, VON TUHR, *Teoría general del derecho civil alemán*, II, 2 (trad. de Tito Rava), Buenos Aires, 1947, pgs. 37 y 69, que señala que «el que quiera producir efectos sobre una determinada esfera jurídica, además de las condiciones intelectuales que integran la capacidad de obrar, debe estar en relación con esa esfera jurídica»; cuando se trata de actos de disposición es necesario el poder de disposición, considerando como tal «la relación que existe entre quien dispone y el patrimonio de que dispone»; si se trata de asumir obligaciones, además de la capacidad de obrar, es necesario el poder de asumir obligaciones y si se pretende adquirir derechos, el poder de adquisición; también en estos últimos supuestos tales poderes consisten en una relación del agente con el patrimonio en el que deben producirse los efectos; y también HEINRICH, en *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*, *vor.* parág. 104, Rdn. 2-4, pg. 78, y FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. II. Das Rechtsgeschäft* (4ª ed.), Berlin, 1992, pgs. 142 y ss.] y la que realiza la italiana de la legitimación [así, p. ej., BETTI, *Teoría*, pgs. 176-177, señala que para celebrar un negocio es necesario, además de la capacidad, la legitimación, la cual «depende de una particular relación del sujeto con el objeto del

trata de delimitar una categoría que, junto a la capacidad de obrar, debe concurrir para que los actos jurídicos puedan desplegar sus efectos y que no deriva de las condiciones personales del sujeto, sino de la relación existente entre la persona y el objeto o el otro sujeto del acto, circunstancia que acaba planteando a la doctrina (especialmente a la italiana que es la que ha realizado el mayor esfuerzo para construir la figura de la legitimación) el tema de los *confines entre la legitimación y el poder de disposición*. En efecto, las relaciones entre el poder de disposición y la legitimación dependen de la configuración dogmática del poder de disposición. Esta es una cuestión que pertenece a la teoría general del derecho y que ha sido objeto de una viva disputa doctrinal. Mientras una interpretación, que puede considerarse mayoritaria, entiende que la facultad de disposición forma parte del contenido del derecho subjetivo⁹⁰, otra, en cambio, mantiene –siguiendo el conocido ejemplo de THON de que la fuerza a través de la cual se transfiere el derecho subjetivo tiene que ser diferente del objeto transferido–, que la facultad de disposición es ajena y autónoma respecto del derecho subjetivo, de modo que éste es objeto de la facultad dispositiva, lo que se pone de manifiesto por la circunstancia de que caben limitaciones de la facultad de disposición que dejan intacto el derecho subjetivo y, sobre todo, porque existen supuestos en los que la facultad dispositiva corresponde a personas distintas del titular del derecho⁹¹. Ahora bien, dentro de esta orientación, partidaria de la autonomía del poder de disposición respecto del derecho subjetivo, existen múl-

negocio»; en el mismo sentido, entre otros, CARIOTA FERRARA, *El negocio*, pg. 528), que es acogida por la doctrina española (v., p. ej., LADARIA, *Legitimación*, pg. 4; CUENA, *Función del poder de disposición*, 1996, pgs. 492 y ss.).

⁹⁰ Así, VON TUHR, *Teoría*, II, 2, pg. 37; LARENZ, *Allgemeiner*, pg. 290; CARNELUTTI, *Teoría*, pgs. 150 y ss.; MONACCIANI, *Azione*, pg. 163; NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, pgs. 125 y ss.; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, pgs. 88 y ss.; ID., «Considerazioni sul potere di disposizione», *Riv. dir. comm.*, 1940, I, pg. 537; MESSINEO, *Dottrine generali del contratto* (3ª ed.), Milano, 1948, pg. 48; DE MARTINI, «Posizione degli organi fallimentare rispetto al fallito e ai creditori», *Riv. dir. proc. civ.*, 1946, II, pg. 105; FALZEA, *Il soggetto*, pgs. 195 y ss.; entre nosotros, GONZÁLEZ, J., «Prohibiciones de disponer», *RDI*, 1925, pg. 671; ALPAÑES, «Aportación al estudio de las prohibiciones de disponer», *RGLJ*, 1950, II, pg. 44; LADARIA, *Legitimación*, pgs. 23-24; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de derecho hipotecario*, II, Madrid, 1953, pg. 439; AMORÓS, «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente», *ADC*, 1965, pg. 961; Díez-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial* (4ª ed.), III, Madrid, 1995, pg. 709; GÓMEZ GALLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el derecho español*, Madrid, 1992, pg. 27; CAÑIZARES, *ADC*, 1991, pg. 1464; CABALLERO, *Las prohibiciones de disponer*, Barcelona, 1993, pgs. 47-48; CUENA, *Función del poder de disposición*, pgs. 496-497; DOMENGE, *Las prohibiciones voluntarias de disponer*, Madrid, 1996, pg. 33; PERDICES, *Cláusulas*, pg. 40.

⁹¹ Vid. *Rechtsnorm und Subjektives Rechts*, Weimar, 1878, pgs. 325 y ss.; doctrina que ha sido seguida en España por GÓMEZ ORBANEJA, *El ejercicio de los derechos*, Madrid, 1975, pgs. 63 y ss. (que reproduce el «discurso de apertura» de la Universidad del año 1954), afirmando que el poder de disposición no supone ejercicio del derecho subjetivo, pero en el *Derecho procesal civil* (por GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA), I (8ª ed.), Madrid, 1979, pg. 142, señala que «normalmente, el poder de disposición se funda o está ínsito en el derecho subjetivo mismo» y que «ejercitar el derecho (...) no es otra cosa que hacer uso de ese poder o facultad», y por VILLAVICENCIO AREVALO, «La facultad de disposición», *ADC*, 1950, II, pgs. 1041 y ss.

tiples direcciones: desde aquellas que identifican el poder de disposición con la capacidad jurídica⁹² o con la capacidad de obrar⁹³, hasta aquellas que lo consideran como un poder o potestad autónoma⁹⁴, o incluso las que mantienen que el poder de disposición no tiene una naturaleza invariable, sino que puede asumir, según las diversas irradiaciones o emanaciones, el aspecto de un verdadero derecho, de una simple facultad o elemento de un derecho o de un poder de hecho⁹⁵.

Es difícil tomar postura en medio de la polémica cuestión de si el poder de disposición está dentro del derecho subjetivo o si es independiente de él, tema que, por otra parte, sólo tiene relevancia en los supuestos en que la persona que realiza los actos de disposición sea distinta de la titular del derecho del que se dispone. Ahora bien, sí puede afirmarse que la facultad o poder de disposición no tiene sentido más que referida a derechos concretos y desde luego no existe un derecho de disposición (análogo al derecho subjetivo) sobre derechos. Si se considera, como hace la técnica jurídica moderna, al derecho subjetivo como *poder jurídico*⁹⁶, parece más correcto entender que la facultad o poder de disposición no es más que una forma de ejercicio del derecho, una de las posibilidades de actuación del derecho, junto a la cual existen otras formas de actuación o ejercicio como, por ejemplo, la administración. La facultad de disposición y la facultad de administración no son más que formas de actuación del derecho; facultades que integran el derecho subjetivo (v. art. 348 Cc). Por lo tanto, puede decirse que forman parte de su contenido.

⁹² Así, entre otros, FERRARA, F. (Sr.), *Trattato*, I, 1, p. 327; ID., «I negozi sul patrimonio altrui», *Riv. dir. comm.*, 1937, I, pgs. 199 y ss.; CAPO BONNAFAUS, «Apuntes sobre las anotaciones preventivas en el derecho hipotecario español», *RCDI*, 1933, pg. 533; CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1983 (reimp), pgs. 57 y ss.; NEGRO, *Degli effetti sostanziali dell'indisponibilità processuale. L'indisponibilità giuridica*, Padova, 1950, pg. 163; ID., *Lineamenti di un trattato dell'indisponibilità giuridica*, Padova, 1957, pg. 23.

⁹³ Así, por ejemplo, CHIOVENDA, «Sulla natura dell'espropriazione forzata», *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, pg. 85.

⁹⁴ *Vid.*, en este sentido, GORLA, «L'atto di disposizione di diritti», *Annali dell'Università di Perugia*, 1936, pg. 6, que lo configura como un derecho potestativo; CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, pgs. 77 y ss., que lo considera como un poder autónomo y VILLAVICENCIO AREVALO, *ADC*, 1950, II, pg. 1050, que afirma que la facultad de disponer es un poder accesorio a una situación jurídica determinada.

⁹⁵ Así, FERRARA SANTAMARIA, M., *Il potere di disposizione*, Napoli, 1937, pg. 43, que defiende un concepto amplísimo del poder de disposición equiparable a señorío que cubre la entera esfera jurídica del sujeto. Para una exposición y crítica de las diversas teorías elaboradas en torno a la figura del poder de disposición *vid.* BINNI, voce «Potere di disposizione», *Novis. Dig. it.*, XIII, pgs. 450 y ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, III, pgs. 839 y ss.; CUENA, *Función*, pgs. 472 y ss.

⁹⁶ *Vid.* en este sentido, entre otros, DE CASTRO, *Derecho civil*, I, pg. 573; CASTÁN, *Derecho civil*, I, 2, pgs. 26 y ss.; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, I, pg. 417; ALBALADEJO, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, pg. 440; LACRUZ y otros, *Elementos de derecho civil. I. Parte general*, vol. 3º, pg. 74. Una síntesis de la evolución de este concepto puede verse en DE CASTRO, *Derecho civil*, I, 566 y ss. y, sobre todo, en CASTÁN, *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963, pgs. 26 y ss. y LÓPEZ Y LÓPEZ, voz «Derecho subjetivo (Derecho Civil)», *EJB*, II, Madrid, 1995, pgs. 2369 y ss.

Partiendo de estas ideas, puede abordarse ya el tema de la relación existente entre el poder de disposición y la legitimación. En este sentido, la doctrina que considera que el poder de disposición forma parte del contenido del derecho subjetivo y que no existe un poder de disposición autónomo de tal derecho, generalmente entiende que el poder de disposición es el fundamento de la legitimación del titular, pero no puede serlo de la legitimación del no titular porque a éste no corresponde un poder de disposición; la legitimación de este sujeto se basará en otras circunstancias (v. gr.: en el poder de representación)⁹⁷. Por el contrario, aquel sector que mantiene que el poder de disposición es un poder autónomo del derecho subjetivo y que no lo reconduce a la capacidad jurídica o a la capacidad de obrar suele identificar la figura de la legitimación con el poder de disposición⁹⁸, circunstancia que plantea, evidentemente, la cuestión de la utilidad de la legitimación y que ha motivado que no sea este sector el que en los últimos años ha puesto mayor empeño en la elaboración de la legitimación, sino, fundamentalmente, aquel que mantiene que el poder de disposición está dentro del derecho subjetivo y que, por lo tanto, necesita otro recurso para explicar que puedan realizarse eficazmente actos de disposición por un no titular.

IV. LA IMPOSIBILIDAD DE INCARDINAR LAS LIMITACIONES DEL CONCURSADO EN LA CATEGORÍA DE LA INCAPACIDAD DE OBRAR

1. La intervención y la suspensión en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes

Si se centra la atención, en primer lugar, en las limitaciones del concursado

⁹⁷ Vid., por ejemplo, MONACCIANI, *Azione*, pgs. 163 y ss.; LADARIA, *Legitimación*, pg. 26; CUENA, *Función del poder de disposición*, pg. 495 y allí numerosas referencias doctrinales.

⁹⁸ Así, la doctrina alemana que elabora la *Legitimations-theorie* para explicar la eficacia de los actos realizados por un no titular entiende por *Legitimation* el poder jurídico del enajenante para la transmisión (vid. MEYER, *Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht*, München, 1909, pg. 95; GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, I (reimp. de la 1ª. ed. de 1895), München-Leipzig, 1936, parág. 32 nota 2; ID., *Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB für das Deutsche Reich*, Jena, 1897, pg. 17; CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, I, Tübingen, 1900, parág. 71; NAENDRUP, *Begriff des Rechtsscheins und Aufgabe der Rechtsscheinsforschungen*, Münster, 1910). Sin entrar aquí en la exactitud de esta orientación que viene a considerar, por ejemplo, en materia de bienes muebles que la posesión atribuye al poseedor un derecho de disposición (para una crítica sobre la misma vid. REGELSBERGER, «Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten», en *Ihering's Jahrbücher*, XLVII, pgs. 360 y ss. y en la doctrina italiana, CARIOTA FERRARA, I *negozi*, pgs. 76 y ss.), a ella corresponde el mérito de crear la figura de la legitimación entendida como poder de disponer o en general como poder para actuar. Sobre la identificación entre legitimación y poder de disposición en la doctrina italiana vid. GORLA, «L'atto di disposizione di diritti», *Annali dell'Università di Perugia*, 1936, pg. 18; MENGONI/REALMONTE, *voce* «Disposizione (atto di)», *Encicl. dir.*, XIII, pg. 192. En la doctrina civilista germánica más reciente SCHWIMANN, *Die Institution*, 1965, pgs. 61-62, recurre a la noción de legitimación para aludir a la esencia del poder de disposición (*Verfügungsmacht*) y de los demás

para administrar y disponer de sus bienes como consecuencia de la declaración de concurso, se observa claramente que *no constituyen una cualidad personal o intrínseca del sujeto* y ni siquiera una limitación que recaiga directamente sobre la persona, es decir, un efecto personal, como las ha venido calificando un autorizado sector doctrinal⁹⁹. La expresión «efecto personal» o «efecto sobre la persona» es equívoca, porque en última instancia todas las normas tienen como destinataria a la persona y todos los efectos que están llamadas a producir podrían calificarse como efectos personales. Pero si con semejante fórmula quiere decirse que la intervención y/o la suspensión constituyen limitaciones que se impone a la persona del concursado como tal –y así parece que debe entenderse cuando se contraponen los efectos personales a los patrimoniales–, la afirmación no es exacta, pues *la intervención y la suspensión se imponen a la persona en cuanto titular de un patrimonio* destinado a un fin específico; son limitaciones *vinculadas a la existencia de un patrimonio* que ha sido destinado a la satisfacción de los acreedores. Buena prueba de ello es que la limitación del ejercicio de las facultades patrimoniales sigue desplegando sus efectos incluso cuando dicho patrimonio cambia de titular, como consecuencia de una sucesión *mortis causa*; ahora los producirá respecto del sujeto o sujetos titulares de dicho patrimonio, que son los herederos (en el caso de que hayan aceptado ya), lo que, evidentemente, no sucede con la incapacidad, que desaparece con la muerte del incapacitado. En este sentido, la Ley establece que en caso de muerte o declaración de fallecimiento del concursado continuará tramitándose el procedimiento como concurso de la herencia, pero en tal supuesto la limitación del ejercicio de las facultades patrimoniales se concretará necesariamente en la suspensión, «correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y de disposición del caudal re-

poderes o facultades (*Erwerbsmacht* y *Verpflichtungsmacht*) que se incluyen dentro del poder de obrar (*Wirkungsmacht*).

⁹⁹ Así, GARRIGUES, *Curso*, II, pg. 440, afirma que «entre los efectos de la declaración de quiebra sobre la persona del deudor, deben citarse como cosa distinta de la inhabilitación personal de que se tratará después aquellas prohibiciones o interdicciones...», y, posteriormente, al estudiar los efectos de la declaración de quiebra sobre el quebrado en cuanto a su situación patrimonial, agrupa los diferentes ordenamientos en dos grandes grupos: por un lado, los *sistemas de la limitación real*, cuya esencia se concreta en la existencia de una prohibición de disponer que recae sobre el quebrado y se establece en beneficio de los acreedores; y, por otro, los *sistemas de inhabilitación personal*, en los cuales la nulidad de los actos patrimoniales del quebrado no se enfoca «desde el punto de vista de la intangibilidad de la masa de la quiebra, sino desde el punto de vista de la capacidad de obrar del deudor, a quien se hace sufrir una especie de *capitis diminutio*». «Este principio se formula claramente en el artículo 878 del C. de c». Esta idea es patrocinada también por GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen*, pgs. 294 y ss.; RAMÍREZ, *La quiebra*, II, pgs. 16 y ss.; PRAT Y RUBÍ, *Intervención de la persona jurídica en el juicio de quiebra*, Barcelona, 1985, pg. 163 y MASSAGUER, *EJB*, III, pgs. 3594. En los últimos años RAMOS CHAPARRO, *La persona*, pg. 243, ha calificado también las limitaciones del concursado como prohibiciones *personales*, pero no sobre la base de la naturaleza intrínseca de la limitación, sino en atención a su ámbito de aplicación: a que «afectan globalmente (o en parte) al ejercicio de las facultades dispositivas de un sujeto».

licto» (arts. 182.1 y 40.5)¹⁰⁰. En cambio, la limitación derivada de la incapacidad es intrínseca al incapacitado y como tal no se transmite a los herederos. Esto ocurría incluso cuando existían supuestos de incapacitación que no estaban basados en la falta de discernimiento de la persona, como sucedía con la interdicción civil: la incapacitación se imponía al sujeto sobre la base de la conducta desarrollada por el mismo y, por ello, no se transmitía a los herederos. Era una cualidad personal del sujeto y, como tal, se extinguía con su muerte¹⁰¹. La intervención y la suspensión –así como la limitación *finalista* recogida en el artículo 43.1 de la Ley Concursal– son medidas orientadas a evitar la desaparición o disminución de los bienes del concursado mientras se tramita el procedimiento de concurso, dirigido a la celebración de un convenio o, en su defecto, a la liquidación de los bienes para pagar con el producto a los acreedores¹⁰². Por esa razón, es lógico que tales limita-

¹⁰⁰ V. ORDUÑA, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, II, pgs. 2704 y ss.; PÉREZ DE VARGAS, en PULGAR y otros, *Comentarios*, II, pgs. 1513 y ss.; HIDALGO, en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, I, Valladolid, 2004, pgs. 2979 y ss.; CÁMARA ÁGUILA, en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, II, pgs. 1856.

¹⁰¹ Vid. DE CASTRO, *Derecho civil*, II, pg. 362.

¹⁰² Ahora bien, en la Ley Concursal la intervención y la suspensión –junto con la limitación finalista establecida en el art. 43.1– son insuficientes para asegurar que los bienes existentes en el patrimonio del deudor a la apertura del procedimiento concursal y los adquiridos durante su tramitación van a ser efectivamente utilizados para la satisfacción de los acreedores concursales. Ello es debido a que se configuran como deudas de la masa –que, por lo tanto, deben ser satisfechas antes que los créditos concursales o en prededucción (art. 154)– las que «resulten de obligaciones nacidas de la Ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso» (art. 84.2.10º), frente a lo que tradicionalmente se había venido entendiendo por la doctrina de nuestro entorno cultural, la cual afirmaba la llamada indisponibilidad pasiva del patrimonio concursal. Se decía que el estado de indisponibilidad del patrimonio concursal es absoluto (v. BONELLI, *Del fallimento*, I, pgs. 453, 481 y 483; FERRARA, F. [Jr], *Il fallimento*, pg. 313 y ss.; BONSIGNORI, *Il fallimento*, pg. 293): el concursado perdía la disponibilidad activa (por virtud de la limitación del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer) y la disponibilidad pasiva (la cual trataba de fundamentarse sobre bases distintas: unas veces, sobre el hecho de que las leyes concursales sólo preveían la participación en el concurso de los acreedores anteriores al mismo; otras veces sobre la prohibición del ejercicio de nuevas acciones individuales contra el patrimonio del concursado; otras, en fin, sobre la propia limitación del ejercicio de las facultades patrimoniales, lo cual no era exacto, pues los textos legales que limitaban el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer estaban pensando únicamente en los actos voluntarios; no en los derivados de actos ilícitos: v., en este sentido, también LOBATO, *La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid, 1997, pg. 144 en nota); dicho con otras palabras, el patrimonio concursal era insensible a todas las nuevas obligaciones del concursado (con la excepción de las contraídas por los órganos concursales para las necesidades del propio concurso). En la nueva Ley, en cambio, y siguiendo con la terminología tradicional, se priva al concursado únicamente de la disponibilidad activa, la cual trata de conseguirse por dos vías: por medio de la intervención y de la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer y con la prohibición de acciones individuales contra el patrimonio del concursado, que afecta a los acreedores anteriores y que, por la misma razón, hay que entender que también a los posteriores que no sean titulares de un crédito contra la masa. La consideración de las obligaciones nacidas de responsabilidad extracontractual

ciones existan en tanto no se cumpla el fin para el que se establecieron y con independencia de que cambie o no el titular de dichos bienes; vistas las cosas desde este ángulo, puede afirmarse que es precisamente la *ratio* de la intervención y de la suspensión la que exige su configuración como limitaciones que recaen sobre los bienes. La intervención y la suspensión son *limitaciones tan íntimamente ligadas a los bienes del concursado integrantes de la masa activa* que cuando se agotan termina el concurso (art. 176.1.4º) y con él las limitaciones (art. 178). Pero esa estrecha vinculación a los bienes destinados a la satisfacción de los acreedores se pone de manifiesto también por el dato de que las limitaciones (en su versión de suspensión) siguen desplegando sus efectos o comienzan a producirlos aunque no exista (transitoriamente) un sujeto titular de dichos bienes (p. ej., porque fallece el concursado y continúa el concurso como concurso de la herencia, la cual no ha sido todavía aceptada, o porque es declarada en concurso la herencia yacente: arts. 182 y 1.2).

De las ideas anteriores se desprende que *la intervención y la suspensión son limitaciones que recaen directamente sobre los derechos sometidos al concurso de acreedores, o, más exactamente, sobre las facultades de administración y de disposición que integran el contenido de aquellos derechos y tienen la finalidad de asegurar el resultado de dicho proceso*; no se trata de una limitación que recaiga sobre la persona; a ella sólo le afecta en cuanto titular de dichos bienes¹⁰³. Podríamos

durante la tramitación del concurso como deudas de la masa puede estar justificada en algunos supuestos (cuando el hecho generador de la responsabilidad tenga alguna conexión con el desarrollo del procedimiento y con la finalidad del concurso), pero no lo está, desde luego, en otros (p. ej., cuando se trate de responsabilidad derivada de un delito contra las personas cometido por el concursado), pues el concursado podría conseguir por esta vía lo que no puede hacer realizando actos negociales (el vaciamiento de la masa: v. ya, en este sentido y bajo el Derecho derogado, BELTRAN, «Las deudas de la masa», en AA VV, *Preferencias del crédito*, Madrid, 2000, pg. 218, quien ya en *Las deudas de la masa*, Zaragoza-Bolonia, 1986, pgs. 175-176, señalaba que las obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual del deudor no podían satisfacerse ni como deudas de la masa ni como créditos concursales; también GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000, pg. 55; una crítica a la amplitud de la norma puede verse asimismo en BERMEJO, *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002, pg. 67 en nota; PANTALEÓN, «De la clasificación de los créditos», en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ALVÁREZ (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid-Barcelona, 2004, pg. 505; MERCADAL, en Sala y otros (coord.), *Nueva Ley Concursal* (2º ed.), Barcelona, 2004, pg. 426; VALPUESTA GASTAMIZA, en CORDÓN MORENO, *Comentarios a la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2004, pg. 668. En cambio, se decanta por «el acierto de la solución legislativa» GUILARTE GUTIÉRREZ, en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios*, II, pg. 1711, sobre la base de que en otro caso no existiría —en tanto se tramita el concurso— un patrimonio sobre el que pudieran satisfacerse los acreedores extracontractuales del concursado).

¹⁰³ Esta idea fue puesta de manifiesto ya por los primeros comentaristas del *Code de commerce* francés de 1807 y del español de 1829 (así, LOCRÉ, *Esprit*, V, pg. 130, señalaba que «mientras el *dessaisissement* recae sobre los bienes, la interdicción lo hace sobre las capacidades naturales o civiles de la persona. No existe analogía entre dos cosas (desapoderamiento e incapacidad) tan esencialmente diferentes y, por lo tanto, la incapacidad no puede ser consecuencia del desapoderamiento en tanto la Ley no lo haya decidido formalmente, y en este caso no lo ha hecho»; *vid.* también BOULAY-PATY, *Faillites*, I, pgs. 97 y ss. y ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce*, VII, Paris, 1879, pgs. 96 y ss.; entre

decir que se está ante lo que nuestra doctrina tradicional ha denominado sistema de limitación objetiva o real para caracterizar estas limitaciones –y especialmente la que la nueva Ley denomina suspensión– en otros ordenamientos jurídicos¹⁰⁴, o, si se quisiera seguir la terminología tradicional, que se trata de un efecto patrimonial.

De otro lado, como se deduce ya de las consideraciones anteriores, *la intervención y la suspensión no son tampoco cualidades abstractas* del concursado; esto es, no son limitaciones que se le impongan sin consideración al objeto específico de sus actos. Lo primero que hay que señalar, a este respecto, es que las limitaciones que impone el artículo 40 al concursado se circunscriben al *ámbito patrimonial*; significativo de ello es tanto la propia rúbrica del precepto (que lleva por título «*Facultades patrimoniales del deudor*»), como su propio tenor literal, que reduce la intervención y la suspensión al ejercicio de las facultades de administración y de disposición del *patrimonio* (apartados 2º, 3º y 6º)¹⁰⁵. Estas limitaciones repercuten, en el ámbito procesal, en la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole patrimonial, la cual corresponderá, en el caso de suspensión, a la administración concursal (arts. 51.2 y 54.1, primer inciso), mientras que en el supuesto de intervención la conservará el propio deudor, pero necesitará la autorización de la administración concursal para desistir, allanarse y transigir (art. 51.3), así como para interponer demandas y recursos (art. 54.2). Pero tampoco *en el ámbito patrimonial* la intervención y la suspensión *son limitaciones absolutas*. No puede negarse que en esta esfera revisten un cierto carácter de generalidad, pues se refieren a los bienes existentes a la fecha de la declaración de concurso, los que se reintegren al mismo y los que se adquieran hasta la conclusión del procedimiento (art. 76.1), y que pueden tener incluso un ámbito objetivo mayor que una incapacitación (p. ej., si al sujeto sólo se le incapacita para realizar actos de disposición de bienes). Pero no afectan a todos los bienes, sino únicamente a una parte del patrimonio del sujeto;

nosotros ya CARAVANTES, *Código*, pg. 387; más recientemente JIMÉNEZ ESCÁRZAGA, *RDM*, 1958, II, pg. 58; OLIVENCIA, *Publicidad*, pg. 118, respecto de la suspensión de pagos; BALLARÍN, en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, II, pgs. 30, 35 y 41, tanto en relación con la suspensión de pagos como con la quiebra y el concurso. La consideración de la inhabilitación del quebrado como limitación objetiva o real fue ampliamente desarrollada en nuestra Tesis Doctoral, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, UAM, Madrid, 1991, pgs. 293 y ss., y ha sido acogida posteriormente por otros autores como BELTRÁN, «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. MENÉNDEZ*, III, Madrid, 1996, pg. 3493 en nota; URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN, *Curso*, II, pg. 926; y, según parece, por PAU, *Las limitaciones patrimoniales*, pgs. 21 y ss.

¹⁰⁴ Así, GARRIGUES, *Curso*, II, pgs. 440 y ss. y también POLO/BALBÉ, *Dictamen*, pg. 44.

¹⁰⁵ Las limitaciones en que se concretan la intervención y la suspensión afectan únicamente al ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes propios. El concursado podrá, por tanto, ejercer las facultades de administrar y de disponer sobre bienes ajenos (v. gr., aceptar un mandato, desempeñar el cargo de tutor, aceptar el cargo de factor o de dependiente en la terminología del CCom, etc.), en tanto no haya sido inhabilitado para ello (art. 172.2-2º).

circunstancia que es especialmente visible en cualquier concurso (puesto que hay bienes que no integran la masa activa: los inembargables y los que se entreguen al concursado en concepto de alimentos: arts. 76.2 y 47 LC) y de modo muy destacado en los supuestos de declaración de concurso de la herencia aceptada a beneficio de inventario; en este caso, el heredero tendrá limitado el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer del patrimonio obtenido a través de la sucesión *mortis causa*, pero podrá administrar y disponer libremente del resto de su patrimonio, pues no existe confusión de patrimonios (a no ser, naturalmente, que estuviera excluido de dicha facultad por otras razones)¹⁰⁶. La *suspensión y la intervención se circunscriben*, pues, a la masa activa; a los bienes destinados a la satisfacción de los acreedores¹⁰⁷.

Ahora bien, esas limitaciones tampoco alcanzan a todos los actos o negocios que se refieran o tengan por objeto los bienes integrantes de la masa activa. La Ley Concursal limita la intervención y la suspensión al *ejercicio de las facultades de administración y de disposición*, ejercicio que se plasma en la realización de actos de administración y de disposición. El deudor podrá efectuar, por tanto, todos los actos y negocios que no supongan por sí mismos ejercicio de las facultades de administrar o de disponer de bienes o derechos de la masa activa. Por ejemplo, podrá realizar los actos materiales de goce de la cosa (en tanto en cuanto no hayan sido adoptadas medidas específicas que lo impidan: v. gr., el depósito del bien). Y podrá igualmente celebrar válida y eficazmente un contrato de compraventa de un bien de la masa activa, pues la Ley le impide disponer o hacerlo por sí solo y el contrato de compraventa no constituye por sí solo un acto de disposición (v. art. 609 CC)¹⁰⁸. El contrato contribuye a la realización del acto de disposición, pero por sí solo no produce el efecto dispositivo; de manera que si el concursado concierta un contrato de compraventa, pero después no realiza la tradición (por encontrarse el bien vendido en poder de los administradores concursales o

¹⁰⁶ Vid., entre otros, ROJO, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, I, pg. 156; ORDUÑA, en la misma obra, pg. 2717; HIDALGO, en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.), *Comentarios*, I, pgs. 79 y ss.; BOLÁS, «El concurso del causante, de la herencia y del heredero», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a M. Olivencia*, Madrid, 2004, pg. 1800. Sobre la existencia de un cierto grado de separación de patrimonios (del heredero y de la herencia) incluso en los casos de aceptación pura y simple de la herencia v. ESPEJO, «Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia. Una aproximación civilística a la Ley Concursal», *Estudios homenaje Olivencia*, pgs. 1921 y ss. y allí más referencias.

¹⁰⁷ Por ello, ya bajo el Derecho derogado se señaló que la limitación que sufre el concursado es, en parte, menor que la que sufre el incapacitado (así, DE CASTRO, *Derecho civil*, II, pg. 364 y la STS de 30.6.1978). Vid. también BERCOVITZ, *Comentarios*, I, pg. 362.

¹⁰⁸ V. especialmente ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, 1 (8ª. ed.), Barcelona, 1994, pg. 140; MIQUEL, en PAZ-ARES y otros (dir.), *Comentario del Código Civil*, I, pg. 1548; CAÑIZARES, *ADC*, 1981, pg. 1485; CUENA, *Función del poder de disposición*, pg. 258; GARCÍA VILLAVARDE, «Sobre la llamada 'inhabilitación' del quebrado», en *Estudios en homenaje al Prof. Duque*, II, Valladolid, 1998, pg. 1639; MARTÍNEZ FLÓREZ, *La inhabilitación*, pgs. 78-79; GALLEGO SÁNCHEZ, *Ley Concursal. Comentarios, Jurisprudencia, comentarios*, Las Rozas, 2005, pg. 492; ID., en HERNÁNDEZ MARTÍ (coord.), *Suspensión*, I, pg. 315.

por cualquier otra causa) *no existirá acto de disposición* que, en su caso, deba ser anulado por la administración concursal¹⁰⁹.

Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la *falta de aptitud* que sufre el concursado a consecuencia de la intervención o de la suspensión en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer no es, como en el caso de la incapacidad de obrar, abstracta, sino, por el contrario, *concreta y delimitada*: se refiere únicamente a *unas determinadas categorías de actos* (de administración y de disposición, en los que se concreta el ejercicio de las facultades del mismo nombre) *que recaen sobre unos concretos bienes y derechos* (los integrantes del patrimonio concursal). El concursado no está sometido a una inidoneidad abstracta para realizar una o varias categorías de actos sin consideración a su objeto, sino sólo a una *inidoneidad concreta respecto de unos bienes determinados*. Desde esta perspectiva, las limitaciones del concursado se diferencian claramente de la incapacidad, incluso de la incapacitación establecida por las leyes al margen de la incapacidad natural del sujeto, como ocurría en el Derecho español hasta 1983 (la interdicción civil) y como sucede todavía en algún ordenamiento comparado. Ambas restricciones son creación de la ley, pero mientras la incapacitación es abs-

¹⁰⁹ Contra, sin embargo, se ha manifestado DÍAZ MORENO, *Estudios homenaje Olivencia*, 2, pgs. 1854 y ss. La preocupación por defender que el contrato de compraventa por sí solo (sin necesidad de tradición) es, a estos efectos, acto de disposición y que, por lo tanto, puede ser anulado llevan al autor citado a realizar algunas afirmaciones correctas e indiscutibles (p. ej., que la administración concursal puede celebrar y cumplir contratos de compraventa en los casos de suspensión) de las que, sin embargo, extrae consecuencias que no son enteramente exactas, como, por ejemplo, que «Los actos del artículo 40.7 LC son los actos que, con arreglo al propio artículo 40, habrá de efectuar la administración concursal en sustitución del deudor o que habrán de realizarse con su autorización o conformidad». Y ello porque la administración concursal o el concursado intervenido con la autorización de la administración concursal (y, en su caso, con la autorización del juez) no pueden realizar cualquier acto de administración o de disposición de bienes integrantes de la masa activa, sino sólo los que sean necesarios *para su conservación* del modo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43.1 LC). Por lo tanto, es posible que el concursado suspendido haya realizado un acto de disposición que no pueda ser realizado tampoco por la administración concursal, por no ser necesario para conservar la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso. Debe recordarse, a este respecto, que las limitaciones al ejercicio de las facultades de administración y de disposición de bienes del concursado integrados en la masa activa no se encuentran sólo en el artículo 40, sino también en el 43, y no afectan únicamente al concursado, sino igualmente a los demás sujetos llamados a actuar en dicho ámbito patrimonial. A ello debe añadirse que no existe necesidad alguna de «anular» el contrato de compraventa no ejecutado, a los efectos de proteger a los acreedores; antes al contrario, considerar que el contrato de compraventa celebrado por el concursado todavía no cumplido por el mismo responde al concepto de acto de disposición (o de administración), podría resultar perjudicial para los acreedores concursales, puesto que podría llevar a la administración concursal a ejercitar la acción de «anulación» con los consiguientes gastos sin que ello sea necesario; aunque también es verdad que, en tanto el contrato no hubiera sido cumplido, la «anulabilidad» podría hacerse valer por vía de excepción. No es necesario anular el contrato del que derivan obligaciones para el concursado porque la masa activa ha quedado destinada con la declaración de concurso a la satisfacción de los acreedores concursales y de la masa (arts. 154 y ss. LC).

tracta, las limitaciones derivadas del concurso son concretas¹¹⁰. La primera se establece con independencia de que la persona sea o no titular de bienes; las segundas, en cambio, se imponen atendiendo a la existencia de unos bienes que deben ser preservados para satisfacer a los acreedores; tanto es así que la falta de tales bienes conduce a la conclusión del procedimiento concursal y a la terminación de las limitaciones al ejercicio de las facultades de administrar y de disponer (arts. 176-5º y 178 LC).

Pero ni siquiera en el ámbito patrimonial propio de la intervención y de la suspensión las limitaciones del concursado tienen carácter absoluto. En efecto, de un lado, la Ley prevé que el concursado podrá actuar procesalmente en el ámbito de las limitaciones, si bien su actuación no afectará negativamente a los bienes destinados a la satisfacción de los acreedores. Más concretamente, *el deudor* (suspendido o intervenido) *podrá personarse y defenderse en forma separada en los juicios que sobre asuntos patrimoniales hubiera promovido o continuado la administración concursal, pero los gastos de su actuación procesal y las costas que se le impongan no recaerán sobre la masa del concurso, no tendrán la consideración de deudas de la masa* (art. 54.3; v. también art. 51.2.II)¹¹¹. El concursado puede actuar eficazmente en

¹¹⁰ En este sentido, fue la doctrina procesalista la que, desde muy temprano, en nuestro país se encargó de poner de manifiesto que la «inhabilitación» del quebrado y la «incapacitación» del concursado no podían ser calificadas como incapacidad procesal porque no suponían la imposibilidad de comparecer en juicio *in abstracto*, prescindiendo del objeto peculiar del proceso de que se trate, sino únicamente la imposibilidad de intervenir en procesos concretos que afecten a los bienes integrantes del patrimonio concursal. *El quebrado y el concursado pueden comparecer tanto en el juicio de concurso como en todos aquellos que no estén relacionados con los intereses patrimoniales del concurso*, lo cual demuestra que no se trata de una limitación de la capacidad de obrar (así se pronunciaban ya GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, 1943, pgs. 110 y ss.; ID., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, pg. 992 y ARAGONESES, voz «Capacidad procesal», *NEJ [Seix]*, III, pg. 634, entre otros). Podría argumentarse que el hecho de que el concursado pueda realizar eficazmente actos procesales dentro del juicio de concurso no significa que no esté incapacitado, pues también el presunto incapacitado es parte en el proceso de incapacitación y como tal puede realizar en el mismo actos con indudable eficacia jurídica. Entre ambos supuestos existen, sin embargo, diferencias sustanciales: mientras el concursado estaría incapacitado desde el *inicio* del procedimiento de concurso y hasta su terminación, el incapacitado no tiene la cualidad de tal mientras no termine el proceso de incapacitación. Es decir, que el concursado podría intervenir en el proceso siendo incapacitado; en cambio, el presunto incapacitado sólo puede actuar procesalmente porque aún no es incapacitado.

¹¹¹ La doctrina discrepa a la hora de calificar la personación y la defensa separada del concursado en los procesos promovidos o continuados por la administración concursal: mientras unos la califican como intervención voluntaria adhesiva litisconsorcial, porque el concursado es titular de la relación jurídica objeto de la controversia (así, MARÍN LÓPEZ, en BERCOVITZ [coord.], *Comentarios a la Ley Concursal*, I, Madrid, 2004, pgs. 506 y 554), otros, en cambio, la consideran como intervención adhesiva simple (v. RIBELLES, en FERNÁNDEZ [coord.], *Derecho concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, Madrid, 2004, pg. 287). E incluso algunos son críticos con esta facultad concedida por la Ley al concursado (así, MARÍN LÓPEZ, en el lugar citado, pgs. 507 y 552) porque –en su opinión– «no existe límite alguno en cuanto al posible modo de actuar del concursado (salvo en materia de terminación anormal del proceso)» y, por lo tanto, podría actuar de un modo

juicios para los que ha sido privado de legitimación (y desarrollar en ellos diversas actuaciones procesales: alegaciones, proposición y práctica de pruebas...), así como asumir –a consecuencia de dicha actuación– obligaciones de dar (de pagar las costas y demás gastos ocasionados por su actuación procesal), pero no podrá cumplirlas con cargo a la masa; tendrá que hacerlo con los bienes integrantes de su patrimonio personal, esperar a la conclusión del procedimiento o hacerlo un tercero¹¹². Y, de otro, incluso en el ámbito de la administración el concursado podrá realizar por sí solo los *actos de conservación* en sentido estricto, entendiendo por tales aquellos urgentes y absolutamente necesarios para evitar la pérdida o deterioro de algún bien o derecho incluido en la masa activa (v. gr., la interrupción de la prescripción por medio de la reclamación extrajudicial a un deudor)¹¹³.

que no sea el más conveniente para los intereses del concurso y perjudicar incluso la actuación de la administración concursal. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, los límites a la actuación del concursado en los procesos en los que se ventilen cuestiones patrimoniales están en el artículo 43; al amparo del mismo el concursado (como cualquier otro legítimo para actuar en el ámbito de la administración y de la disposición de los bienes integrantes de la masa activa) sólo podrán realizar las actuaciones necesarias para la conservación de los bienes y derechos integrados en la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso y tales límites entran en juego también cuando el concursado actúa en procesos promovidos por la administración concursal.

¹¹² El hecho de que las costas y demás gastos surgidos a causa de la actuación procesal del concursado no sean deudas de la masa ha llevado a algún autor a entender que deben pagarse como créditos concursales ordinarios (así, p. ej., MARÍN LÓPEZ, en BERCOVITZ [coord.], *Comentarios*, I, pg. 556; GUILARTE MARTÍN-CALERO, en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE, *Comentarios* I, pg. 1035), lo cual no puede admitirse, porque en el concurso sólo participan los acreedores anteriores a la declaración de concurso (v. arts. 49 y 94 LC; BELTRÁN, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, I, pg. 922; GARRIDO, en la misma obra, pg. 1686).

¹¹³ V. JAEGER, *Konkursordnung*, parág. 7, Rdn. 9, pg. 255; SMID, *Insolvenzordnung (InsO)* (2ª. ed.), Stuttgart, 2001, parág. 81, Rdn. 4, pg. 493. Entre nosotros, la posibilidad de que el concursado realice actos de conservación fue defendida ya bajo el Derecho derogado por un sector doctrinal [v. JUSTE IRIBARREN, «Notas sobre la retroacción de la quiebra», *AC*, 1987 (núm. 18), pg. 1126, apoyándose en el artículo 1893.2 del Código Civil, y nuestro trabajo «Sobre la naturaleza y comienzo de la inhabilitación del quebrado en el ámbito procesal (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998)», en *Tribunales de Justicia*, 1999 (núm. 6), pg. 535; contra, sin embargo, VACAS MEDINA, *RDProc.*, 1955 (núm. 11), pg. 80] y debe serlo igualmente con la Ley Concursal, siempre que el acto de que se trate sea necesario para la conservación de los bienes o derechos integrados en la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43.1: v. MARTÍNEZ FLÓREZ, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, I, pg. 806). A esta idea responde, en efecto, el artículo 44.2.II, cuando permite al concursado realizar por sí solo los actos propios del giro o tráfico imprescindibles para la continuación de la actividad y se ajusten a las condiciones normales del mercado con el fin de evitar daños irreparables a la masa en el período que media entre la declaración de concurso y la aceptación de los administradores concursales. La polémica se ha planteado en relación con los actos procesales: mientras un sector mantiene que el concursado puede interponer recursos, aunque con posterioridad, para la regularidad de la relación procesal, debe comparecer la administración concursal [así, p. ej., ya BOLAFFIO/VIVANTE, *Codice di commercio commentato*, IX, Torino, 1927, pg. 132; DE SEMO, *Diritto fallimentare* (5ª. ed.), Padova, 1967, pg. 252; JAUFFRET, *Juriscl. Comm.*, 1969, III, Fasc. D. 20, pgs. 4 y ss.; GUYON, *Droit des affaires. II. Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire. Faillite* (4ª. ed.), Paris, 1993, pg. 310; RIPERT/ROBLOT, *Traité*, II, pg. 1139; también la Ley de Concursos argentina establece que el fallido «puede solicitar

Además, la intervención y la suspensión son medidas *esencialmente transitorias*. La Ley las vincula, en efecto, al procedimiento de concurso, estableciendo que despliegan sus efectos únicamente hasta que se apruebe un convenio y, a falta de éste, en tanto se practica la liquidación y se paga a los acreedores, pues, realizados estos actos, se habrá cumplido el fin al que se dirige el concurso y las limitaciones al ejercicio de las facultades patrimoniales a él inherentes¹¹⁴. En cambio, la incapacidad es una situación jurídica destinada en principio a perdurar en el tiempo; debe recordarse, en este sentido, que son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias *persistentes*; incluso la llamada incapacitación-sanción se prolongaba durante un período de tiempo más o menos amplio, pues desplegaba sus efectos

medidas conservatorias judiciales hasta tanto el síndico se apersona y realizar las extrajudiciales en omisión del síndico: art. 110], otro, en cambio, considera que la facultad de interponer recursos respecto de los juicios en los que ha comparecido o debe comparecer la administración concursal, es competencia exclusiva de ésta [vid., FERRARA, F. (Jr.), *Il fallimento*, pgs. 485-486; SEGNI, «Gestione d'affari del fallito e processo», *Riv. dir. comm.*, 1939, II, pgs. 103 y ss.; POCAR, «Carenza di legittimazione processuale del fallito e costituzione in giudizio del curatore», *Riv. dir. comm.*, 1962, II, pg. 406; MAURY, en RODIÈRE (dir.), *Faillites*, pgs. 261 y ss.; TREILLARD, en RODIÈRE (dir.), *Les procédures collectives*, pg. 78]. También en el Derecho español la facultad de interponer demandas o recursos en procesos en los que se ventilen cuestiones de tipo patrimonial corresponde a la administración concursal o con su conformidad cuando el concursado esté intervenido (art. 54). Pero no existe razón alguna para entender que el concursado puede realizar por sí solo los actos de conservación que sean imprescindibles para evitar daños irreparables a la masa fuera del proceso y negarle, en cambio, esta posibilidad en el ámbito procesal. En éste el concursado podrá realizar igualmente aquellos actos que sean absolutamente imprescindibles para conservar los bienes que forman la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso, siempre que esa sea la única alternativa posible.

¹¹⁴ La Ley Concursal establece que en cualquier caso de conclusión del concurso —entre los cuales se encuentran los que tienen lugar por el pago de los acreedores y por la inexistencia de bienes para satisfacerles: art. 176.1.3º y 4º— «cesarán las limitaciones de las facultades de administración y de disposición» (art. 178.1: v. MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa», *RPJ*, número especial XVIII. *La Ley Concursal*, pg. 184; BELTRÁN/MARTÍNEZ FLÓREZ, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, II, pgs. 2648 y ss.; contra, sin embargo, parece pronunciarse ALCALÁ, en PULGAR y otros, *Comentarios*, II, pgs. 1484-1485, cuando afirma que las limitaciones de las facultades de administración y de disposición del deudor pueden perduran después de la conclusión del concurso cuando el juez lo decida en atención a las circunstancias del caso, mas lo cierto es que las únicas limitaciones que pueden continuar tras la conclusión del concurso son las derivadas de la calificación). Pero también en el supuesto de que se apruebe un convenio, desde la eficacia del convenio (la cual se producirá desde la fecha de la sentencia de su aprobación, salvo que sea recurrida y el juez adopte el acuerdo de suspensión) cesan la mayor parte de los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2), entre los cuales se encuentran la intervención y la suspensión, sin perjuicio de que sean sustituidos por otros [arts. 133.2 y 137: v., entre otros, ROJO, en ROJO-BELTRÁN, *ComLC*, II, pgs. 2212 y ss.; MARTÍNEZ FLÓREZ, en la misma obra, pgs. 2249 y ss.; CARRASCO, en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios*, II, pg. 1465; GALLEGÓ, en PULGAR y otros, *Comentarios*, II, pgs. 1238 y ss.; VALPUESTA GASTAMINZA, en CORDÓN (dir.), *Comentarios*, pgs. 933 y ss. VILARRUBIAS, «La eficacia del convenio concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a M. Olivencia*, 4, Madrid-Barcelona, 2005, pgs. 4788 y ss.].

durante el tiempo de cumplimiento de la condena (de quienes habían sido condenados a muerte cuando no se ejecutaba la pena y se conmutaba por otra y de los que habían sido condenados a la pena de reclusión mayor: arts. 43 y 45 antiguo CP).

2. La limitación del ejercicio de acciones personales con trascendencia patrimonial

Y lo mismo puede decirse respecto de la limitación al ejercicio de acciones personales que puedan afectar al patrimonio destinado a la satisfacción de los acreedores y que se concreta en la necesidad de contar con la conformidad o autorización de la administración concursal. No puede ser considerada como una incapacidad de obrar. En primer lugar, porque tampoco es una limitación que se impone a la persona del concursado como tal, sino únicamente en cuanto ocupa la posición de titular de los bienes de la masa activa, de manera que, aunque la Ley no lo indique expresamente, afectará igualmente a otros sujetos distintos del concursado (v. gr., a los herederos o a la persona designada al efecto en el testamento) que pretendan ejercitar aquellas acciones, cuando ello sea posible (v., p. ej., art. 4 LOPCH 1/1982), y puedan afectar así al patrimonio destinado a la satisfacción de los acreedores. En segundo lugar, no es tampoco una limitación que se imponga de forma abstracta, sin consideración a su objeto, sino sólo en la medida en que el ejercicio de aquellas acciones por el concursado (o, en caso de fallecimiento de éste, por sus herederos o por la persona designada para ello) pueda afectar al patrimonio que va a ser utilizado para satisfacer a los acreedores (al igual que podría suceder como consecuencia del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de tales bienes). En fin, es igualmente una limitación esencialmente transitoria; la Ley no lo indica expresamente, pero de ella se deduce que está vinculada a la tramitación del concurso, pues sólo existe en tanto haya masa activa y administración concursal (v. arts. 51.3 y 54), las cuales desaparecen con la aprobación del convenio (art. 133.2) y, a falta de convenio o en caso de fracaso del mismo, con la conclusión del concurso (art. 178).

V. CONCLUSIONES

La institución de la incapacidad de obrar no sirve, en primer lugar, para dar cuenta de las características de las limitaciones que sufre el deudor sometido al procedimiento concursal en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa y en el ejercicio de sus derechos y acciones personales. La incapacidad es una limitación dirigida a la protección del sujeto afectado, de carácter personal, abstracto y persistente. Por el contrario, las limitaciones que padece el concursado están orientadas *a la protección de terceros* (los acreedores), recaen sobre las facultades que integran el contenido de los derechos, son concretas y tienen una duración limitada. En segundo lugar, la institución de la incapacidad es *insuficiente* para explicar las limitaciones derivadas del con-

curso, porque la incapacidad se extingue con la muerte del incapacitado; en cambio las limitaciones del concurso siguen desplegando sus efectos tras la muerte del concursado (art. 182.1) y aunque no exista un sujeto al que afecten (caso de la declaración de concurso de la herencia yacente, patrimonio hereditario transitoriamente privado de titular, a no ser que se entienda que las limitaciones afectan al representante de la herencia: art. 1.2)¹¹⁵. Y, en tercer lugar, al ser la incapacidad de obrar una figura propia de la persona natural¹¹⁶, queda sin resolver también el problema de la situación del concursado persona jurídica¹¹⁷.

Pero, por otra parte, la figura de la incapacidad de obrar es también *excesiva* para atender a la finalidad que se persigue con la intervención y la suspensión y con la limitación del ejercicio de acciones personales, que no es otra que evitar la desaparición o disminución de los bienes destinados a la satisfacción de los acreedores; la incapacidad afectaría al concursado de una forma más amplia (incidiendo sobre su capacidad negocial: art. 1263 CC) que lo que exige la tutela de los acreedores y, por lo tanto, carece de toda justificación, pues no sería una medida necesaria ni proporcionada¹¹⁸. En efecto, para proteger a los acreedores concursales no es necesario afectar a la capacidad de obrar del deudor (requisito del contrato: arts. 1261 y 1263 CC), puesto que las obligaciones derivadas de los negocios celebrados por éste tras la declaración de concurso no pueden cumplirse ni ser ejecutadas sobre la masa activa, sobre los bienes destinados a la satisfacción de los acreedores, por haber quedado éstos, con la declaración de concurso, afec-

¹¹⁵ BERCOVITZ, R., *Comentarios*, I, pg. 360, afirma que en caso de concurso de la herencia las restricciones a las facultades de administrar y de disponer son restricciones de la legitimación.

¹¹⁶ Es claro que la persona jurídica no puede ser incapacitada para obrar como puede serlo la persona natural [*vid.*FALZEA, *Enc. Dir.*, pgs. 32-33; CAPILLA, en ALBALADEJO/DÍAZ (dir.), *Comentarios del Código Civil y Compilaciones forales*, I, 3 (2ª. ed.), Madrid, 1993, pg. 861; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico*, I, 1, pg. 319]. Por ello, en escasas ocasiones se habla de capacidad de obrar de la persona jurídica y, en consecuencia, cuando, lisa y llanamente, se alude, sin más, a la capacidad de aquélla y a la posibilidad de limitación de la misma (por medio del objeto social), en realidad se está haciendo referencia a otro problema, al del ámbito de actuación del ente (o de sus órganos), cuyo origen y finalidad es totalmente distinto del que se plantea cuando se aborda el tema de la incapacidad de obrar de la persona natural (v. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, pg. 209; SÁENZ, *El objeto social en la sociedad anónima*, Madrid, 1990, pgs. 141 y ss.).

¹¹⁷ Esta circunstancia ha llevado a algún autor reciente a calificar de distinta forma la limitación al ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado en función de que se trate de una persona física o de una persona jurídica (así BERCOVITZ, *Comentario*, I, pg. 360), lo cual no parece lógico porque el objetivo que se persigue es idéntico tanto si el concursado es una persona física como si es una persona jurídica, al igual que lo es el régimen jurídico de las limitaciones (v. art. 40.7).

¹¹⁸ Así se pronunciaba expresamente ya LOCRÉ, *Esprit V*, pg. 131. Debe recordarse, en este sentido, que la proporcionalidad (entre los fines y los medios) es –según la jurisprudencia constitucional– un principio general del derecho (desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982 hasta las más recientes: SSTC 55/1996, 161/1997, 49/1999, 70/2002).

tados a la satisfacción de los acreedores concursales (los anteriores a la apertura del procedimiento concursal) y de los acreedores de la masa (arts. 154 y ss. LC). La propia Ley Concursal pone claramente de manifiesto que la asunción de obligaciones por el concursado en relación con la administración de los bienes de la masa activa no constituye un riesgo para la masa, puesto que no pueden ejecutarse sobre la misma (v. arts. 51.2-II y 54.3).

A ello debe añadirse que la calificación de las limitaciones del concursado como limitaciones de la capacidad de obrar podría llegar incluso a ser perjudicial para la contraparte del concursado, quien en el caso de invalidez del contrato celebrado con el concursado (a causa de la incapacidad de éste) no dispondría de las vías de tutela que le ofrece el propio contrato (v. gr., la resolución por incumplimiento y la indemnización de los daños) tras la conclusión del concurso.

La declaración de concurso no incide sobre la capacidad de obrar del deudor, sino sobre el ejercicio de las facultades (de administración y de disposición) que integran el contenido de los derechos patrimoniales que forman la masa activa y sobre el ejercicio de algunas facultades que forman el contenido de los derechos personales y que puedan afectar al patrimonio. El concursado tiene capacidad de obrar; pero tiene limitado o suspendido el ejercicio de las facultades que integran el contenido de los derechos subjetivos¹¹⁹. La Ley Concursal es muy clara, a este respecto, señalando que las

¹¹⁹ La negación de la calificación de las limitaciones al ejercicio de las facultades de administrar y de disponer por el concursado como incapacidad constituye hoy un lugar común en la doctrina comparada (v. supra nota 50). También en la doctrina patria de los últimos años ha ido ganando terreno la idea de que el sujeto sometido a un procedimiento concursal no sufre ningún tipo de incapacidad de obrar (v., además de los autores citados en las notas 103 y 110, entre otros, DIEZ-PICAZO, en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, I, pg. 823, sin embargo, en *Fundamentos*, II, pg. 780, sigue afirmando que el concurso produce una limitación de la capacidad; DIEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, I, pg. 214; ALBALADEJO, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, pg. 295; LACRUZ y otros, *Elementos de derecho civil. I. Parte general. Vol. 2ª personas*, pg. 174; GORDILLO, *EJB*, I, pg. 900; GARCÍA VILLAVEDE, *Estudios homenaje al prof. Duque*, II, pgs. 1634 y 1639; RAMOS CHAPARRO, *La persona*, pgs. 243 y 293-294; MARTÍNEZ SANZ, en BROSETA/MARTÍNEZ SANZ, *Manual de derecho mercantil* [11ª ed.], II, Madrid, 2003, pg. 524; bajo la nueva Ley COLINO, en PULGAR y otros [dir.], *Comentarios*, I, pgs. 596-597). Asimismo la jurisprudencia reciente viene afirmando que los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor quebrado no pueden ser calificados como incapacidad de obrar (STS de 2.12.1999, [RJ 1999, 8530]; idea que es reiterada por otras sentencias, como las de 12.06.2000, [RJ 2000, 4408]; 14.6.2000, [RJ 2000, 5286]; 8.2.2001, [RJ 2001, 2046], y 26.03.2004, [RJ 2004, 1716], si bien éstas citan igualmente otras sentencias que calificaban la inhabilitación del quebrado como incapacidad). Y esa afirmación ha sido absolutamente dominante en la jurisprudencia de los últimos años respecto del suspenso, aunque, a veces, se señala, incorrectamente, que la declaración de suspensión de pagos no produce limitación alguna en la capacidad *jurídica* del suspenso (SSTS de 16.12.1986, [RJ 1986, 7448]; de 22.04.1987, [RJ 1987, 2722]; de 11.10.1988, [RJ 1988, 7409]; de 18.11.1988, [RJ 1988, 8607]; de 23.10.1991, [RJ 2329, 1989]; 19.4.1993, [RJ 1993, 371]; de 18.12.1995, [RJ 1995, 1086]; de 6.3.1998, [RJ 1998, 217]; de 3.10.2000, [RJ 2000, 871]; de 9.4.2001, [RJ 2001, 345]).

limitaciones que impone afectan al ejercicio de las facultades que forman el contenido de los derechos subjetivos (no a la facultad de contratar y obligarse), determinando no sólo quién puede ejercer tales facultades (arts. 40, 51 y 54), sino también el modo en que deben ser ejercitadas (art. 43). Por lo tanto, las consecuencias de la violación de la intervención y de la suspensión no repercutirán sobre el contrato, sino sobre la transmisión (que será ineficaz) o sobre la administración (que será igualmente ineficaz).

Por las razones expuestas, hay que entender que cuando los textos legales aluden, expresa o implícitamente, a la incapacidad del concursado, no se refieren a la incapacidad de obrar en sentido técnico jurídico, sino en el sentido (vulgar) de imposibilidad de actuar con eficacia jurídica.

