

# **EL PRESUPUESTO SUBJETIVO DE LA DECLARACION DE QUIEBRA**

## **Derecho vigente y proyectos de reforma**

MARIA MARCOS GONZALEZ LECUONA

Doctora en Derecho Prof. Aydte. Derecho Procesal  
Universidad de Alcalá

### **SUMARIO:**

- I. JUSTIFICACION**
- II. LA CONDICION MERCANTIL COMO PRESUPUESTO  
SUBJETIVO DE LA DECLARACION DE QUIEBRA**
- A. INTRODUCCION**
- B. SUSTITUCION DEL CONCEPTO «COMERCIANTE» POR  
«EMPRESARIO»**
  - 1. *Delimitación subjetiva de la condición de comerciante en la  
Edad Media.*
  - 2. *Implantación del criterio objetivo como criterio delimitador  
de la condición de comerciante.*
  - 3. *Retorno actual a la concepción subjetiva del Derecho Mer-  
cantil*
- 3.1. **LA CONDICIÓN MERCANTIL EN LA ACTUALIDAD**
- 3.2. **CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO CONCURSAL**
  - a) **En la quiebra del empresario individual**
  - b) **En la quiebra del empresario social**
    - i) *En general*
    - ii) *SA y SRL con objeto civil*
    - iii) *Cooperativas y Mutuas de Seguros*
    - iv) *Entidades de crédito y Cajas de Ahorro*
    - v) *Sociedades civiles con objeto mercantil*

**2. REGULACION LEGAL DE LA CONDICION DE COMERCIANTE INDIVIDUAL**

1. *En el Código de 1829*

2. *En el Código de 1885*

**2.1. CAPACIDAD LEGAL**

a) *Menores de edad e incapacitados*

b) *El quebrado no rehabilitado*

c) *Prohibiciones legales (arts.13 y 14 CCom 1885)*

d) *La quiebra de la herencia*

**2.2. HABITUALIDAD EN EL COMERCIO**

a) *Empresario en activo*

b) *Empresario retirado*

**2.3. EJERCICIO DEL COMERCIO EN NOMBRE PROPIO**

a) *Actuación en nombre propio*

b) *Quiebra del empresario oculto*

**3. CONDICION DE COMERCIANTE SOCIAL**

1. *Planteamiento*

2. *Criterio legal*

**2.1. EL CRITERIO DE LA FORMA MERCANTIL**

**2.2. EL CRITERIO DE LAS FORMALIDADES DE CONSTITUCIÓN**

a) *En general*

b) *En particular, las sociedades irregulares*

**2.3. EL CRITERIO DEL OBJETO MERCANTIL**

**3. INSTRUMENTACION PROCESAL DEL PRESUPUESTO SUBJETIVO DE LA DECLARACION DE QUIEBRA**

1. *Acreditación del carácter empresarial: fase de apertura*

2. *Prueba del carácter empresarial: fase de oposición*

**III. PROPUESTAS DE REFORMA**

**A. PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL 1995 Y ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL 1983.**

**3. CONVENIO EUROPEO RELATIVO A LA INSOLVENCIA DE 1995**

## I. JUSTIFICACION

En este trabajo expondremos el tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinal de la condición mercantil del deudor como presupuesto subjetivo del auto de declaración de quiebra.

Nos encontramos ante una cuestión jurídica —condición mercantil del deudor— de naturaleza sustantiva que tiene relevancia en el proceso de quiebra porque, como es bien sabido, en el ordenamiento jurídico español sólo quiebran las personas, físicas o jurídicas, que ostentan la condición de comerciante (hoy, empresario). Por tanto, la condición mercantil del deudor inmerso en un proceso de quiebra debe constar en autos, —junto a otros presupuestos también de ineludible concurrencia—, con el fin de que el órgano jurisdiccional que está conociendo del mismo pueda pronunciarse sobre la procedencia, o no, de la declaración de quiebra.

Nuestro interés en esta cuestión es eminentemente procesal y por este motivo hemos titulado nuestro trabajo bajo el rótulo de «presupuesto subjetivo de la declaración de quiebra» eludiendo otras expresiones como «sujeto pasivo o legitimación pasiva de la declaración de quiebra» que, a nuestro juicio, sitúan la investigación en una óptica sustantiva y no procesal.

Puede resultar atípico que prescindamos de los términos «legitimación pasiva» al afrontar el estudio de la actuación procesal del deudor empresario como parte legítima del proceso de quiebra porque, en principio, parecen los más adecuados para situarnos en el ámbito procesal y, en concreto, para referirnos al sujeto que soporta tanto los efectos procesales y materiales de la declaración de quiebra como la ejecución universal de su patrimonio.

Sin embargo, a nuestro juicio, no debemos utilizar esta expresión (ni su correlativa, legitimación activa) porque, si bien pudiera parecer lo contrario, entendemos que el significado jurídico que se le viene dando en la doctrina y la jurisprudencia, en sede de proceso concursal, expresa un fenómeno jurídico perteneciente al ámbito sustantivo y no al procesal, que es en el que nos queremos situar.

En efecto, en el proceso de quiebra, el deudor empresario no siempre ocupa la posición procesal pasiva ya que, como dispone el artículo 875 CCom 1885, también puede instar su propia declaración de quiebra (quiebra voluntaria) y, en consecuencia, situarse en la posición activa del proceso concursal (legitimación activa) mientras que los acreedores ocuparían la posición procesal pasiva (legitimación

pasiva). Sin embargo, en el ámbito material o sustantivo el empresario deudor es siempre el afectado por la declaración de quiebra por lo que su posición material es, en efecto, siempre pasiva.

Ciertamente, tanto el Derecho civil como el Derecho procesal estudian la «legitimación activa y pasiva» pero bajo el mismo significante se encuentran dos significados jurídicos distintos<sup>1</sup>: en el ámbito sustantivo, la legitimación activa y pasiva se sitúa en relación a quien ostenta la titularidad activa de un derecho subjetivo privado o interés legítimo frente a quien ostenta la titularidad pasiva del deber u obligación, respectivamente. Sin embargo, el Derecho procesal conceptualiza la legitimación en relación a la titularidad de la acción entendida como el derecho subjetivo público a obtener una sentencia favorable sobre el fondo frente a los órganos jurisdiccionales (frente al Estado).

Nos encontramos, por tanto, ante dos conceptos que si bien se implican mutuamente son claramente diferenciables y presentan características propias al actuar en distintos ámbitos jurídicos<sup>2</sup>. En efecto, es discutible si el deudor empresario tiene un derecho subjetivo privado a quebrar o un interés en la situación jurídica de quiebra<sup>3</sup> sin embargo, no hay duda sobre su titularidad del derecho de acción de quiebra (arts. 875 CCom 1885 y 1323 LEC).

---

<sup>1</sup> V. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Civil*, I (con FERNANDEZ LOPEZ), Madrid, 1995, pp. 171 a 195 y CORDON MORENO, F. *Introducción al Derecho Procesal*, Pamplona, 1998, pp. 114 a 122.

<sup>2</sup> «Las acciones son derechos subjetivos públicos (frente al Estado) distintos de los derechos subjetivos privados porque, en primer lugar, hay acciones que no se corresponden con ningunos derechos subjetivos privados; en segundo término, porque hay derechos subjetivos a los que no se encuentra ligada acción alguna; en tercer lugar, porque, aun en los numerosos casos en que la acción civil guarda relación con un derecho subjetivo privado o una pretensión material la difiere (incluso más que la relación); no es idéntico el contenido de una y otra, ni el sujeto pasivo ni los efectos del derecho subjetivo y los de la acción» (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal*, op. cit., I, p. 175).

<sup>3</sup> Al respecto, en la doctrina española existen distintas posturas: DE LA OLIVA SANTOS afirma que «en las acciones constitutivas no subyacen derechos subjetivos privados sino sólo situaciones jurídicas concretas» (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal*, op. cit., I, p. 498); a juicio de CORDON MORENO «sí existe una situación jurídica sustancial concreta lesionada» (CORDON MORENO, F. *De nuevo sobre la legitimación*, R.D.Proc.1997, 1, p. 48, n.8); sin embargo, CORTES DOMINGUEZ entiende que tanto el deudor como el acreedor ejercitan en las acciones constitutivas su derecho al cambio jurídico (V. CORTES DOMINGUEZ, V. *Aproximación al proceso de declaración de quiebra*, R.D.M.1977, 146, p. 482); y, por último, afirma MONTERO AROCA que «en estos casos no cabe hacer mención a un Derecho subjetivo violado, tanto porque no existe ese supuesto Derecho subjetivo, como porque no puede haber violación o desconocimiento del mismo» (MONTERO AROCA, J. *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994, p. 47).

En estas páginas no podemos extendernos sobre este complejo y discutido tema de la legitimación (procesal) en la declaración de quiebra —en el que nos centraremos en un ulterior trabajo— pero nos ha parecido conveniente resaltar el distinto alcance que la legitimación tiene en el ámbito sustantivo y en el ámbito procesal y, en consecuencia, en la realidad procesal y extraprocesal del fenómeno jurídico denominado «quiebra».

El trabajo consta de dos partes: en la primera se expone qué se entiende por condición mercantil del deudor tanto en la persona individual como en el comerciante o empresario social, es decir, en qué consiste el carácter de comerciante que debe ser apreciado por el órgano jurisdiccional con carácter previo a la declaración material de quiebra. Esta cuestión jurídica ha sido estudiada con detenimiento por nuestros grandes mercantilistas quienes han aportado constantes soluciones doctrinales, aplicadas con uniformidad por la jurisprudencia, en un esfuerzo permanente por ajustar el ámbito de aplicación del Derecho mercantil a la realidad cambiante del tráfico jurídico. Y en la segunda parte, trataremos el régimen procesal que esta condición mercantil del deudor tiene en el proceso de quiebra como presupuesto subjetivo (material) de la declaración judicial.

## **II. LA CONDICION MERCANTIL COMO PRESUPUESTO SUBJETIVO DE LA DECLARACION DE QUIEBRA**

### **A. INTRODUCCION**

La quiebra, en el ordenamiento jurídico español, es un procedimiento exclusivo de los comerciantes y así lo señalan expresamente los artículos 1318 LEC y 874 CCom 1885. Esto no significa que los deudores no comerciantes queden sustraídos del proceso concursal puesto que los mismos pueden constituirse en el estado de concurso de acreedores tras la oportuna declaración judicial. Por tanto, sólo el comerciante puede ser declarado en quiebra y el no comerciante en concurso de acreedores. Nos encontramos ante dos declaraciones alternativas cuya concurrencia está condicionada a la condición mercantil, o su ausencia, en el deudor (arts.1318 y 1170 LEC y 1913 CC).

El Tribunal Supremo ha reforzado con su doctrina la posición del legislador al dejar sentado que «la quiebra es un estado excepcional en el orden jurídico, en que solamente pueden estar declarados los comerciantes» [SSTS 15 febrero 1875 (C.L. n.º 74), 23 septiembre

1882 (C.L. n.º 266), 4 julio 1913 (C.L. n.º 7), 28 abril 1930 (R.878), 12 julio 1940 (R.705), 17 diciembre 1987 (R.9514) y 24 enero 1990 (R.22), entre otras] y por consiguiente, ha mantenido la revocación de la declaración de quiebra voluntaria por carecer de la cualidad de comerciante el instante de la misma (STS 27 abril 1989, R. 3266)<sup>4</sup>.

Ningún precepto especifica qué tipo de comerciante es susceptible de constituirse en sujeto pasivo de la declaración de quiebra; por tanto, se somete al mismo procedimiento al empresario que al vendedor ambulante; es decir, a efectos de la declaración de quiebra, no hay comerciantes grandes y pequeños, se es o no comerciante de modo absoluto. Sin embargo, otros ordenamientos jurídicos excluyen de la quiebra al «pequeño empresario»<sup>5</sup>.

Nuestra tradición reserva el ámbito personal de la quiebra a los mercaderes o comerciantes; tanto las Ordenanzas de Bilbao de 1732 como el Código de Comercio de 1829 exigieron en el quebrado la condición de comerciante.

## B. SUSTITUCION DEL CONCEPTO «COMERCIANTE» POR «EMPRESARIO»

### 1. *Delimitación subjetiva de la condición de comerciante en la Edad Media*

El Derecho mercantil surgió como un Derecho especial, frente al civil o común, para satisfacer concretas exigencias de la realidad

---

<sup>4</sup> Por su parte, la doctrina de las Audiencias también se refieren a esta característica propia de nuestro Derecho concursal afirmando que «la coexistencia de dos procedimientos de ejecución concursal concurso de acreedores y quiebra de un mismo patrimonio es imposible y en consecuencia, la decisión respecto a cuál debe ser el que prevalezca dado que su regulación es distinta no puede basarse en el dato del más antiguo, sino que su determinación vendrá impuesta por la mencionada condición o carácter de ser o no ser comerciante» [AA(T) Barcelona, 20 febrero 1980]. En consecuencia, «acreditado en autos que el recurrente fue declarado en situación de concurso de acreedores por Auto de 14 de marzo de 1975, resulta indudable que toda pretensión modificativa que cualquier acreedor pudiera plantear contra dicha resolución, incluida la discusión sobre si realmente es o no comerciante el deudor apelante, debió realizarse en aquél proceso de ejecución universal y que mientras no se modifique el referido Auto, hay que estar a sus efectos, tanto respecto del procedimiento a seguir, como de la calificación de no comerciante que sirvió de base a dicho anterior proceso» [SA (T) Barcelona, 23 noviembre 1976].

<sup>5</sup> Así, sucede en el Derecho italiano con el «piccoli imprenditori» (Legge n. 597 del 1973 y art. 2063 C. Civile). Y en consecuencia, también surge en el Derecho italiano la dificultad de establecer con un criterio seguro quién debe ser considerado pequeño empresario (Cfr. BENTIVENGA, G. *Il presupposti del fallimento nell'attuale contesto economico-sociale*, «Diritto fallimentare» 1979, pp. 108 y ss.; BOBOLAFFIO, L. *La procedura dei piccoli fallimenti deve essere abrogata?*, «Rivista di diritto commerciale» 1910).

económica que el Derecho civil no atendió bien. Estas exigencias nacieron de la actividad de los sujetos que profesionalmente se dedicaban al comercio y que necesitaban soluciones jurídicas. Se elaboró un Derecho para una particular clase de ciudadanos (los comerciantes), por tanto, basado en una concepción subjetiva.

En este sentido, es doctrina compartida entre los mercantilistas la insuficiencia del ordenamiento común de la Edad Media para responder a las cuestiones que el comercio planteó; en efecto, en esta época, el Derecho romano justiniano era rígido y mal conocido, lo mismo sucedía con las leyes populares germanas y el Derecho canónico fue hostil al comercio por considerar que, en aquella época, era una actividad eminentemente usuraria. Esta situación provocó el nacimiento de normas consuetudinarias entre los comerciantes, que posteriormente serían estables, y que incluían un procedimiento de ejecución concursal que tomando como base el regulado por el Derecho común, añadía algunas características propias.

Este Derecho era creado, interpretado y aplicado por los propios mercaderes; los gremios y las corporaciones crearon jurisdicciones especiales para la solución de sus conflictos donde aplicaban los usos del tráfico mercantil.

El Derecho mercantil comienza así a regir una comunidad política con cierta autonomía jurídica que es la comunidad de los comerciantes. Surge un ordenamiento especial dentro de una pluralidad de ordenamientos justificado por la especialidad material de las instituciones jurídicas que actúan en el tráfico de los comerciantes: dicha especialidad consiste, unas veces en la creación de instituciones propias y distintas de las del Derecho común y, otras veces, en la adaptación mercantil de las figuras civiles con la consiguiente modificación en el régimen jurídico<sup>6</sup>. Por tanto, el Derecho mercantil surge como una derivación del Derecho civil producida por las necesidades de regular de forma específica la problemática planteada por la actividad jurídica de los comerciantes.

Esta concepción subjetiva caracterizaba también a las sociedades mercantiles que no eran más que las sociedades de los Mercaderes. La sociedad mercantil era la misma sociedad civil bajo las disposiciones y restricciones del Derecho mercantil y encontraba su diferenciación con respecto a la sociedad civil no por su objeto, sino

<sup>6</sup> V. GIRON TENA, *J. Derecho de Sociedades*, I, Madrid, 1976, p. 67.

por el hecho de ser sociedad de mercaderes: este hecho implicaba el objeto mercantil. En este sentido, el régimen aplicable a cada sociedad dependía del estatuto personal de los miembros de la misma puesto que la sociedad en sí no era comerciante<sup>7</sup>. Por tanto, si varios socios no sometidos al estatuto de comerciante se dedicaban al tráfico mercantil, al no ser los socios comerciantes, se le aplicaba a la sociedad la ley civil<sup>8</sup>.

## 2. *Implantación del criterio objetivo como criterio delimitador de la condición de comerciante*

La transformación económica del siglo XIX, con los nuevos principios capitalistas, exigió una actualización del sistema mercantil que supuso el abandono del criterio subjetivo delimitador del Derecho mercantil para adoptar, en su lugar, un criterio predominantemente objetivo conforme al cual se entendía que el Derecho mercantil regula las relaciones surgidas de actos de comercio, con independencia de la condición mercantil o no del sujeto que lo realiza. Esta transformación se debe a la progresiva generalización del Derecho mercantil al ser utilizadas por los no comerciantes instituciones tradicionalmente mercantiles.

Además, los autores del siglo XIX consideraron que el Derecho Mercantil de la Edad Media, fundamentado en un criterio subjetivo, respondía a una concepción personal privilegiada porque a los comerciantes no se les aplicaba el Derecho Común. A partir de la Codificación y de la unificación de clases sociales, se consideró inadmisibles la existencia de un Derecho privilegiado y, en consecuencia, el codificador buscó un criterio objetivo que delimitara el ámbito de aplicación del Derecho mercantil prescindiendo de la pertenencia a una clase determinada<sup>9</sup>.

El Código de Comercio francés de 1807 introdujo el concepto de «acto objetivo de comercio» con el propósito de regular los actos que

---

<sup>7</sup> Se entiende que así fuera ya que la personalidad jurídica no había calado aún en la realidad de la vida del Derecho de sociedades (V. GIRON TENA, J. *Sociedades civiles y sociedades mercantiles en Derecho español*, R.D.M. 1947, 10, p. 57).

<sup>8</sup> En palabras de GIRON TENA: «lo importante es que al sistema subjetivo de Derecho Mercantil corresponde una distinción del régimen de sociedades de acuerdo con el estatuto personal de los miembros de la misma» (GIRON TENA, J. *Sociedades civiles y sociedades mercantiles*, op. cit., p. 15).

<sup>9</sup> V. GIRON TENA, J. *Derecho de Sociedades*, op. cit., p. 62, n. 8.

se someten a él, cualquiera que sea la condición personal del sujeto que los realiza, sea o no comerciante<sup>10</sup>.

Por tanto, la *concepción subjetiva del Derecho mercantil* se mantuvo hasta la Codificación francesa; el Código francés de 1807, como hemos señalado, codificó un Derecho mercantil destinado a regular tanto la actividad profesional de los comerciantes como los actos que habiendo sido privativos de éstos habían pasado a ser de uso general. De este modo, se acentúa la tendencia objetiva, de la que participa el Código de Comercio español de 1885.

El artículo 2.2 del Código de Comercio de 1885 define los actos de comercio entendiendo que «serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga». En consecuencia, para el legislador español de 1885 el Derecho mercantil es el ordenamiento destinado a regular los actos objetivos de comercio, prescindiendo de características del sujeto.

Esta concepción objetiva afecta también a las sociedades mercantiles que dejan de ser las sociedades de los comerciantes por lo que introduce grandes cambios en el sistema anterior. Ya no se puede hablar de una mera desviación del contrato de sociedad mercantil con respecto al Derecho común; ya no hay un concepto único de sociedad civil y mercantil y un tipo también único y, en consecuencia se pierde la idea de que la sociedad mercantil sea una simple derivación de la sociedad civil. Aparece la sociedad mercantil como otro tipo de sociedad, y el concepto de sociedad mercantil se confunde con el de sociedad colectiva que es la aplicable al campo del tráfico de los comerciantes. Por tanto, la sociedad general mercantil es la sociedad colectiva y no la sociedad civil: esta consecuencia tiene grandes repercusiones en el ámbito de la aplicación de la quiebra como luego veremos.

La Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885 se refiere expresamente al nuevo criterio objetivo introducido por el codificador al afirmar que «mientras el Código de 1829 parece ser el Código propio y peculiar de una clase de ciudadanos, el Código vigente propende a regir todos los actos y operaciones mercantiles,

<sup>10</sup> Explica GIRON TENA que «la técnica de delimitación de la esfera de vigencia de las disposiciones será la de los conceptos jurídicos, no la de la condición de las personas. El concepto, por subsunción, atraerá la aplicación de las normas que el legislador dicta. Pero el acotamiento del Derecho mercantil como un todo y la fijación, luego, además del concepto individual de cada institución mercantil, originará dos momentos calificadores de subsunción de los supuestos fácticos: uno el de su mercantilidad genérica y otro el correspondiente a la clase de figura o concepto dogmático a cuya definición se ajuste» (GIRON TENA, J. op. cit., p. 62).

cualesquiera que sean el estado o profesión de las personas que las celebren. Por eso se fija principalmente en la naturaleza de los actos o contratos para atribuirles o no la calificación de mercantiles con independencia de las personas que en ellos intervienen (...).

En este sentido, instituciones como la letra de cambio o los títulos valores son actos de comercio, con independencia de quien actúe; además la realización de estas operaciones no convierte al sujeto en comerciante, a menos que lo realice de una manera habitual.

Al respecto, a juicio del Tribunal Supremo son comerciantes los individuos que ejercen habitualmente actos regulados por el Código de Comercio o análogos a ellos, aunque no se hallen matriculados como comerciantes o no se anuncien al público; pero no lo son quienes realizan actos aislados o que no pueden considerarse análogos a los regulados en el Código de Comercio; así, considera comerciantes a los que ejercen dedicación constante de adquisición y reventa [SSTS 3 mayo 1881 (C.L. n.º 82), 14 junio 1883 (C.L. n.º 252), 21 marzo 1884 (C.L. n.º 302), 19 junio 1896 (C.L. n.º 257), 21 abril 1911 (C.L. n.º 30) y 16 febrero 1933 (R.1495), afirmando esta última que «los actos que el empresario de teatros realizó son del comercio (...) por la intervención en numerosas letras de cambio y por la reventa de las viandas y refrescos que se despachaban en el respectivo ambigú por el explotado de los diversos teatros de que era empresario, actos unos y otros que demuestran además, la habitualidad con que los realiza»].

Como hemos señalado, el Tribunal Supremo considera que no es suficiente para atribuir la cualidad del comerciante y, en consecuencia, declarar el estado de quiebra, la ejecución aislada de algún acto de comercio exigido por las necesidades de la vida [cfr.SSTS 12 abril 1907 (C.L. n.º 16) y 3 junio 1954 (R.1587)<sup>11</sup>] o realizar actos que no son análogos a los regulados en el Código de Comercio, por más que se proponga el lucro [STS 8 julio 1907 (C.L. n.º 19)] o

---

<sup>11</sup> La SAP Barcelona, 30 julio 1992 (R.G.D. 1993, pp. 2135 y ss.), también refleja esta concepción objetiva al explicar que «en nuestro Derecho mercantil el acto de comercio es tratado como una realidad jurídica aislada, desconectada del empresario, lo que significa que deben calificarse como tales, actos verdaderamente ocasionales y que no existe relación necesaria entre ejecutar un acto mercantil y ser comerciante (...). Síguese de lo expuesto que el discutido presupuesto de la quiebra (condición de comerciante) no puede ser afirmado sólo por la prestación de fianzamientos mercantiles en tanto que los mismos, por muy repetidos que sean, merezcan el calificativo de ocasionales o, más propiamente, no pongan de manifiesto «ellos mismos u otros actos distintos» que el fiador es un comerciante dedicado a esta actividad o a otra, lo que, se insiste, no sucede por realizar sólo actos de comercio, puesto que no se es comerciante ocasionalmente».

la realización de actividades que el propio Código expresamente excepciona, aunque objetivamente pudieran estimarse actos de comercio [STS 3 diciembre 1955 (R.3632) que afirma que «la venta de productos elaborados por un artesano no imprime al que los realiza la condición subjetiva de comerciante por la expresa excepción de este caso singular contenida en el n.º 2 del artículo 326 del CCom»]. Por último, la STS 13 marzo 1936 (R.544) establece algunos criterios para reputar un contrato de mercantil o civil entendiéndose que «para marcar la diferencia de mercantil hay que tener en cuenta el complejo de operaciones que tal contrato implica —en el caso, de hospedaje— aquilatando los actos realizados por el deudor y especialmente el volumen del negocio y repercusión del mismo en orden a su jurídica».

La jurisprudencia citada pone de manifiesto que nuestro Código no responde al sistema objetivo pleno porque también regula a los comerciantes en el ejercicio de su tráfico. Por otro lado, del contenido del Código de Comercio es difícil averiguar qué es «acto de comercio» ya que en ocasiones, por ejemplo, lo estipula el comerciante y en otros se exige que el sujeto sea comerciante y que el acto tenga finalidad mercantil (art. 244 CCom). Y el problema se complica al intentar aplicar la analogía del artículo 2.2 CCom.

No obstante, en España la delimitación de qué sea acto de comercio tiene menos trascendencia que en otros países, debido a que no existe una jurisdicción propia de la materia mercantil<sup>12</sup>.

### 3. *Retorno actual a la concepción subjetiva del Derecho Mercantil*

#### 3.1. LA CONDICIÓN MERCANTIL EN LA ACTUALIDAD

Las legislaciones alemana e italiana abandonaron el criterio objetivo —el Derecho mercantil regula las relaciones surgidas de actos de comercio entre comerciantes principalmente, y entre comerciantes y no comerciantes— para codificar un Derecho mercantil destinado a regular a quienes profesionalmente realizan una actividad económica mercantil o industrial.

<sup>12</sup> En Francia las quiebras se encomiendan a los tribunales de comercio (V., por todos, RIPERT, G. y ROBLOT, R. *Traité de Droit Commercial*, París, 1994, p. 244). Sobre la reforma del derecho francés de quiebra, V. CANDELARIO MACIAS, M. I. *El nuevo derecho francés en materia de quiebras (Ley n.º 94475 de 10 de junio de 1994)*, R.D.M. 1996, pp. 1253 y ss.

De este modo, el Derecho mercantil actual vuelve a concebirse, al igual que en sus inicios, como un Derecho de sujetos, —hoy empresarios, herederos del comerciante medieval— y de la actividad profesional que ellos realizan.

También la doctrina mercantil española considera que la condición mercantil actual es distinta a la recogida por el Código de Comercio porque la realidad jurídica y económica ha cambiado sustancialmente al surgir las empresas de grandes dimensiones y la producción industrial en masa. En efecto, el protagonista del Derecho mercantil ya no es el comerciante, sino el empresario, ya no son los «actos de comercio», sino la actividad empresarial.

En este sentido, el Derecho mercantil moderno es el destinado a regular los actos en masa realizados por empresarios en la explotación de su empresa y no los «actos de comercio» objetivos realizados por cualquier persona. El sujeto del Derecho mercantil es el empresario.

Por su parte, el empresario mercantil se caracteriza por realizar profesionalmente y en forma organizada, a través de una empresa, una actividad económica pudiendo definirlo como la persona jurídica o física que en nombre propio, y por sí o por otro, ejercita de modo organizado y profesional una actividad económica destinada a la producción o mediación de bienes o servicios para el mercado.

Serán, por tanto, mercantiles los actos que suponen la presencia del empresario y que surgen en masa<sup>13</sup>. Esta particular participación en el mercado implica la aplicación del denominado estatuto del empresario, entre cuyos deberes figura el someterse a unos procedimientos específicos —suspensión de pagos o quiebra— en caso de incurrir en los supuestos legales que justifican la apertura de dichos procedimientos<sup>14</sup>. Por lo tanto, a la quiebra han de so-

---

<sup>13</sup> V. BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1991, p. 28; SANCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1991, p. 361 GARRIGUES DIAZ-CANABATE, J. *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1983, p. 28 y URÍA, R. *Derecho Mercantil*, Madrid, 1993, p. 42.

<sup>14</sup> Así lo entiende, entre otros muchos, DUQUE DOMÍNGUEZ, al afirmar que «todo sujeto que organiza la producción de bienes y servicios y, al mismo tiempo, decide y soporta el riesgo inherente a la decisión, debe someterse al estatuto general del empresario. Entre los deberes que integran este estatuto se encuentra el de someterse a unos procedimientos específicos cuando la empresa de que es titular el empresario atraviesa una crisis económica» (DUQUE DOMÍNGUEZ, J. *Reflexiones fundamentales sobre el régimen de crisis económica de la empresa y sobre su reforma*, A.D.C. 1980, T.XXXIII, p. 44).

meterse los *empresarios*, noción que como veremos es más amplia y afecta a más sujetos que la de *comerciante*.

Incluso en el Código de Comercio 1885 (redacción dada a los artículos 16 a 49 por la Ley de 25 de julio de 1989) el término *comerciante* se viene sustituyendo por el de *empresario* (*empresario mercantil individual, empresario mercantil social*). Y en el mismo sentido, el Reglamento del Registro Mercantil, de 19 de julio de 1996, recoge esta transformación conceptual al utilizar el término «*empresarios*», sean o no mercantiles y, en concreto, en el artículo 321, al regular la inscripción de quiebras, se refiere a los «*empresarios*» sin explicar el carácter de mercantiles por presuponer que quiebran aquellos sujetos cuya actividad pueda ser calificada de *empresarial*.

### 3.2. CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO CONCURSAL

Esta sustitución del «*comerciante*» por el «*empresario*» tiene una importante repercusión en el ámbito subjetivo de la institución que estamos estudiando, consistente en permitir la aplicación de la quiebra a sujetos que conforme al Código de 1885 no son *comerciantes* pero que, como consecuencia de ejercer la actividad en forma *empresarial*, se produce un fenómeno de mercantilización de su profesión civil. Efecto inmediato de esta expansión de la quiebra es la reducción que se produce en el ámbito de la «*quita y espera*» y del «*concurso de acreedores*»; instituciones concebidas para los no *comerciantes* o *deudores civiles*.

#### a) *En la quiebra del empresario individual*

De este modo, conforme al significado jurídico actual del término «*comerciante*» —en relación al *empresario individual*— el *artesano* no quiebra en la medida en que está dentro del supuesto del artículo 326.3° CCom 1885, —es decir, cuando se dedique a vender los objetos *construidos* o *fabricados* por él en su taller—, pero sí quebraría en el caso de organizarse como *empresario*.

En el mismo caso se encuentran los *propietarios* y *labradores* o *ganaderos* que venden *frutos* o *productos* de sus cosechas o *ganado*, o de las especies en que se les paguen las *rentas* (art. 326.2 CCom) los cuales quebrarán si merecen la calificación de *empresarios*.

En cuanto al problema relativo a la posible mercantilización de profesiones consideradas, hasta ahora, de naturaleza civil como la medicina o la farmacia podemos cuestionarnos si las mismas caben dentro del concepto de acto mercantil: al respecto resolvió negativamente la RDGR, 1 agosto 1922 (C.L. n.º 22) «... porque la mediación entre productor y consumidor para facilitar la circulación de la riqueza es esencial y característico de toda operación de comercio y cuya habitualidad cualifica a los individuos de comerciantes, no es de aplicar al caso presente porque si la salud y la conservación de la vida es un bien en la acepción general, no es un bien económico en sentido jurídico, ni puede constituir objeto de cambio, por la índole de la profesión de la medicina y la farmacia, profesiones reguladas cuanto a su capacitación técnica y ejercicio por leyes y reglamentos especiales que excluyen el principio general de libre ejercicio del comercio».

Sin embargo, conforme a la señalada modernización del concepto, en la medida en que estas profesiones se realizan en forma empresarial cabrían dentro del concepto empresario y, por tanto pasarían a ser reguladas por el Derecho mercantil y en consecuencia, la institución concursal aplicable, en su caso, sería la «quiebra» en lugar del «concurso de acreedores».

b) *En la quiebra del empresario social*

i) *En general*

Por otro lado, debemos precisar que la transformación conceptual señalada también afecta, como es lógico, al ámbito de aplicación del término «comerciante social»; por lo tanto, en la actualidad, la «mercantilidad» de las personas jurídicas se precisa por el modo de ejercicio de la actividad «y no por el fin lucrativo, ni por la forma jurídica con que se ejercita» es decir, por una organización de los medios de producción y un funcionamiento que implique la idea de empresa.

En concreto, se pueden destacar dos afirmaciones: primera, que la empresa es una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición; segunda, que en su conjunto (es decir, como un todo) y pese a la naturaleza de cada uno de sus elementos, puede ser objeto de tráfico jurídico.

## ii) SA y SRL con objeto civil

Esta nueva concepción de la mercantilidad explica que las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada con objeto civil no estén excluidas del ámbito de aplicación del Derecho mercantil por razón del objeto (civil), puesto que las sociedades de capitales son personas jurídicas cuya organización implica la idea de empresa y por tanto, son comerciantes colectivos<sup>15</sup>.

## iii) Cooperativas y Mutuas de Seguros

Del mismo modo, explica que las Cooperativas «y las Mutualidades, en cuanto subespecie de éstas» puedan ser calificadas como empresarios sociales, tengan o no un fin lucrativo, en virtud de la actividad en forma empresarial que desarrollan.

La Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987 somete a éstas a la quiebra y suspensión de pagos; su artículo 110 obliga a los liquidadores a solicitar una u otra, según proceda, si descubren que la Cooperativa es insolvente, y el artículo 115 dispone la aplicabilidad a toda clase de Cooperativas de la legislación sobre suspensión de pagos y quiebras.

El legislador al someter a las Cooperativas a los procesos de suspensión de pagos y quiebras —eludiendo las normas sobre el concurso de acreedores— les aplica parte de las normas del *status mercantil*<sup>16</sup>, lo que implica la mercantilidad de las Cooperativas. Esta mercantilidad puede ser defendida en las Cooperativas,

---

<sup>15</sup> Al respecto afirma GIRON TENA que «en las sociedades de capitales lo que ocurre es que se ha dado la sustitución del concepto de comerciante por el de empresario: es la organización de la empresa lo que decide la calificación de empresario y el sometimiento a un régimen especial.» (GIRON TENA, J. *Sociedades civiles y mercantiles*, op. cit., p. 39).

<sup>16</sup> En opinión de ROJO FERNANDEZ-RIO, «la ley 3/1987 de 2 de abril, General de Cooperativas solucionando un problema muy debatido con anterioridad, culmina un proceso de mercantilización al decretar la aplicabilidad a toda clase de cooperativas de la legislación sobre suspensión de pagos y quiebras, y semejante solución contienen las leyes autonómicas. Ahora bien, la legislación autonómica no recoge fórmulas legislativas exentas de problemas para la cuestión ahora considerada. En efecto, la Ley vasca sobre cooperativas, de 11 de febrero de 1982 (art. 54) contiene idéntica declaración a la de la Ley estatal, pero la Ley de Cooperativas de Cataluña, de 9 de marzo de 1984 (art. 72), la Ley andaluza, de 2 de mayo de 1985 (art. 74) y la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, de 25 de octubre de 1985 (art. 67), abren de nuevo el interrogante de si se aplican los procedimientos concursales civiles o los mercantiles, ya que en estas leyes se declara de aplicación «la legislación concursal ~«general». Probablemente la fórmula utilizada por estas

una vez superada la identificación entre finalidad lucrativa y mercantilidad.

La Exposición de Motivos del Código de 1885 dispuso que «como no es el afán de lucro el que impulsa lo que se ha dado en llamar Movimiento Cooperativo, no pueden tampoco reputarse mercantiles estas Sociedades, mientras no resulte claramente de sus Estatutos o del ejercicio habitual de algunos actos de comercio que merecen aquella denominación».

En palabras de GIRON TENA, «la época de las Cooperativas coincide en los Códigos de comercio separados y con la orientación objetiva' y la técnica del acto de comercio' en la demarcación de la zona propia del Derecho mercantil. Por ello, ha predominado el enfoque de la mercantilidad, en función de la existencia o no de la finalidad lucrativa en las Cooperativas. Hoy, sin embargo, está claro, que el fin de lucro no es identificable con la mercantilidad»<sup>17</sup>.

Identificando la «mercantilidad» con el ejercicio de la actividad de modo empresarial observamos que el artículo 1 de la ley General de Cooperativas implica este carácter al disponer que; «Las Cooperativas son sociedades que, con capital variable y estructura y gestión democráticas, asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, a personas que tienen intereses o necesidades socio-económicas comunes, para cuya satisfacción y al servicio de la comunidad desarrollan actividades empresariales, imputándose los resultados económicos a los socios, una vez atendidos los fondos comunitarios, en función de la actividad cooperativizada que realizan».

---

Leyes sea consecuencia de la proyectada reforma del Derecho de la insolvencia, en la que desaparecen las diferencias entre los procedimientos concursales existentes en la actualidad, los cuales quedan sustituidos por uno sólo: el concurso de acreedores. Se trataría de una fórmula amplia, que tendría la ventaja de adaptarse sin dificultad a la prevista modificación legislativa» (ROJO FERNANDEZ-RIO, A. *Aspectos civiles y mercantiles de las crisis bancarias*, en «Aspectos jurídicos de las crisis bancarias» (con otros), Madrid, 1990, p. 253).

<sup>17</sup> Continúa este autor: «hay que tener en cuenta que puede darse, no solamente la ventaja peculiar de la Cooperación para el socio, sino una especulación capitalista (por ejemplo, realizar operaciones con terceros, actuar en condiciones de monopolio, Cooperativas de empresarios que desborden la finalidad de eliminación del beneficio empresarial). Pero este elemento de la finalidad especulativa, inexistente —para los que creen en la incompatibilidad entre fin cooperativo y fin lucrativo—, indirecta —para los que juzgan lucro la ventaja inmediata del socio obtenida con el servicio recibido— o anormal —casos de lucro «capitalista» antes indicados—, no es decisivo. Nos parece equivocado el enfoque, no por razones peculiares del campo de las Cooperativas, sino por las propias del campo de la «mercantilidad» y de la técnica de demarcación de la esfera del Derecho Mercantil» (GIRON TENA, *J. Derecho de Sociedades*, op. cit., p. 115).

El Tribunal Supremo, por su parte, se ha pronunciado sobre la aplicación de la legislación que regula la suspensión de pagos y la quiebra a las Cooperativas, excluyendo las instituciones concursables civiles, por calificar a estas sociedades como empresarios sociales, tengan o no un fin lucrativo.

En efecto, en la STS 24 enero 1990 (R.22), sobre legislación aplicable a las Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Valencia y a las Cooperativas de vivienda, el Tribunal Supremo declaró que «era aplicable la legislación de quiebra y suspensión de pagos a la ley de 1974 como si se toma en consideración a efectos interpretativos la de 1987, establecedora de la normativa básica y uniforme que han de respetar las comunidades autónomas, todo ello sin necesidad de entrar en el análisis de conceptos como los de comerciantes y actos de comercio, rebasados por el derecho mercantil actual, que contempla básicamente la actividad empresarial como fin esencial del derecho mercantil, extremos tenidos en cuenta sin duda alguna por el legislador al dictar las normas reguladoras de las Cooperativas y su similitud con las de las sociedades anónimas cuando aún no se ha producido la modificación del Código de Comercio, superado por una realidad social cambiante, en la que, en el momento presente, puede calificarse a las Sociedades Cooperativas como empresarios sociales, tengan o no un fin lucrativo, alcanzándoles, ciertamente, muchas disposiciones mercantiles, que han de ser respetadas por el legislador autonómico, según mandamiento constitucional (art. 149.6 CE)»<sup>18</sup>.

En cuanto a las Mutualidades podemos aplicar lo referente a las Cooperativas, por tratarse de una subespecie de éstas. Interesa dejar constancia aquí de que el artículo 124 CCom 1885 ha de ser interpretado en el sentido de las orientaciones del Derecho mercantil actual<sup>19</sup>, no siendo exacto, por tanto, que «las compañías mutuas

<sup>18</sup> V. Comentario a esta sentencia de 24 de enero 1990, GAYA SICILIA, R. «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», 1990, en-mar, n.º 22, pp. 249 y ss.

<sup>19</sup> En este sentido se pronuncia GARCIA-PITA y LASTRES: «una vez promulgada la Ley del Contrato de Seguro, en 1980, y derogada la dualidad de régimen de este contrato, que a pa debe ser considerado mercantil, sin importar la cuestión del carácter fijo o variable de las primas, surge la duda de la vigencia del artículo 124 CCom. En efecto, ¿qué sentido tiene la pervivencia de dicha norma, si se considera que la actividad aseguradora es fundamentalmente mercantil? ¿Por qué no afirmar que las mutuas de seguros son mercantiles por su objeto, sin importar su funcionamiento a prima fija o variable? De este modo no se haría sino mantener una fidelidad a los principios contenidos en la propia Exposición de Motivos del Código, cuando señala que las mutuas y cooperativas podrían ser consideradas como sociedades mercantiles en razón de la actividad a la que estatutariamente se dedican y de la verificación continuada de actos de comercio» (GARCIA-PITA Y LASTRES, J. L. *La insolvencia y la crisis económica del empresario asegurador (Teoría general y procedimientos liquidatorios)*, R.G.D. 1985, n.º 488, p. 1305).

de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para los auxilios a la vejez, y de cualquier otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija».

No obstante, la Ley 19/1989, de 25 de julio no ha derogado ni otorgado una nueva redacción a este artículo. Por otra parte, el artículo 81 RRM obliga la inscripción en el mismo a las «cooperativas de crédito, las mutuas y cooperativas de seguros y a las entidades de previsión social».

#### iv) *Entidades de crédito y Cajas de Ahorro*

Actualmente, asistimos a un fenómeno de mercantilización de las Cajas de Ahorro puesto que, en la actualidad, su actividad económica «la intervención profesional en el crédito» prima sobre el fin superior «realización de obras sociales» a los efectos de la calificación jurídica y, de ser instituciones civiles se convierten en instituciones mercantiles<sup>20</sup>.

Las Cajas de Ahorro deben ser reputadas a estos efectos entidades mercantiles y, por tanto, el procedimiento aplicable en caso de insolvencia será la quiebra y no el concurso de acreedores.

Esta afirmación encuentra apoyo legal en el artículo 6.2 y 3, del RDL 18/1982, de 24 de septiembre, cuando al referirse a la declaración de quiebra de un Banco, Caja de Ahorros, o Cooperativa de Crédito, determina que las funciones de Comisario, Depositario y Síndicos serán asumidas por los Fondos de Garantía de Depósitos. Sin que esta solución concursal excluya la posibilidad de acudir a otros mecanismos protectores que por la vía de instituciones paraconcursoales puedan intentar evitar la declaración de quiebra, a través de la liquidación forzosa de la empresa por vía administrativa.

Por otro lado, esta doctrina mercantil moderna ha sido asumida expresamente por el Tribunal Supremo al afirmar, en la citada STS 24 enero 1990 (R.22), que «conceptos como los de comerciantes y actos de comercio, están rebasados por el derecho Mercantil actual, que contempla básicamente la actividad empresarial como

---

<sup>20</sup> V. ROJO FERNANDEZ-RIO, A. *Aspectos civiles y mercantiles*, op. y loc. cit., p. 253.

fin esencial del Derecho mercantil (...) cuando aún no se ha producido la modificación del CCom, superado por una realidad social cambiante»<sup>21</sup>.

Las situaciones de insolvencia de estas entidades se regulan por la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Inspección de Entidades de Crédito, en los artículos 31 a 38, ambos incluidos.

#### v) *Sociedades civiles con objeto mercantil*

Por último, el carácter empresarial también es predicable de aquellas sociedades civiles (comunidad de bienes o entes societarios) que funcionan de hecho como empresas aunque están sometidas a la legislación civil.

En concreto, esta cuestión se ha planteado en relación a las sociedades agrarias de transformación entendiéndose que las mismas pueden ser declaradas en quiebra cuando su objeto lo alcance mediante la organización y explotación de una verdadera empresa porque en estos casos nos encontramos ante verdaderas sociedades que tienen una indudable incidencia en el tráfico mercantil, en el que realizan con habitualidad actos de comercio<sup>22</sup>.

En este sentido, ha defendido CORDON MORENO<sup>23</sup>, que estas sociedades presentan en su regulación (Real Decreto 1776/81, de 3 de agosto, de sociedades civiles) peculiaridades que las aproximan a otros tipos de sociedades (cooperativas o incluso mercantiles en sentido estricto) como son: a) el reconocimiento de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar desde el momento de su inscripción en el Registro General de SAT y la posibilidad de limitar la responsabilidad de los socios (art. 1.2 RD); b) el régimen estatutario (arts.3 y 12); c) la documentación social exigida (art. 4); d) la re-

---

<sup>21</sup> Por su parte, la citada SAP Barcelona, 30 julio 1992 (R.G.D. 1993, pp. 2135 y ss.), incorpora esta tendencia jurisprudencial al entender que «el ejercicio del comercio, y no sólo el ejercicio de actos de comercio, presupone, además de una actuación en masa, que la misma tenga determinada finalidad «producir o mediar para el mercado», que anime al sujeto activo un específico propósito «el de obtener una ganancia de modo constante» y que todo ello sea habitual. Lo que, al fin, permite considerar comerciante o, en términos más actuales, empresario, a aquella persona que, en nombre propio, realiza profesional y organizadamente, por sí o por medio de otro, una actividad económica de producción o mediación de bienes o servicios para el mercado».

<sup>22</sup> V. AAP Castellón, 23 noviembre 1995 (R.G.D. 1996, pp. 6121 y ss).

<sup>23</sup> CORDON MORENO, F. *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, Pamplona, 1997, p. 40 y ss.

gulación del capital social, en especial, la exigencia de que el mismo esté totalmente suscrito y desembolsado al menos en un 25% (art. 8); e) los órganos de gobierno (art. 10) y el régimen democrático de mayorías en la adopción de acuerdos sociales (art. 11). Por eso, cuando ha sido necesario, por la parquedad de la regulación legal de las SAT, se ha echado mano, con carácter supletorio, no sólo de la normativa del Código Civil, sino también de la Ley de Sociedades Anónimas.

### C. REGULACION LEGAL DE LA CONDICION DE COMERCIANTE INDIVIDUAL

#### 1. *Código de Comercio de 1829*

El Código de Comercio de 1829 definía en su artículo 1.º quien era comerciante, exigiendo, junto a los requisitos de capacidad legal, y habitualidad, el de inscripción «en la matrícula de comerciantes» para ser reputados tales en Derecho.

La doctrina se planteó la declaración de quiebra de los «comerciantes de hecho» que habían omitido la obligación impuesta por el artículo 11 CCom consistente en que toda persona que se dedicara al comercio estaba obligada a inscribirse en la matrícula de comerciantes de la provincia. Y, al respecto, consideró que esta omisión de la inscripción constituía una práctica fraudulenta ya que llevaba consigo la aplicación del concurso de acreedores en vez de la quiebra, más rigurosa, haciéndose de mejor condición el comerciante no matriculado que aquél que cumplía con la obligación legal<sup>24</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia negaba la declaración de quiebra de los no matriculados al defender que «no porque una persona haya ejercido industria o tráfico mercantil y pagado contribución como mercader de tejidos puede reputársele en derecho comerciante; pues para esto es imprescindible hallarse inscrito en la matrícula de los comerciantes que se ha de publicar para conocimiento del comercio, según dispone el artículo 16 CCom 1829, circunstancia de inserción que es menester probar del modo directo

---

<sup>24</sup> Cfr. GONZALEZ HUEBRA, P. *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, p. 6; CARAVANTES, J.V. *Código de Comercio extractado*, Madrid 1850, p. 374 y MARTI DE EIXALA, R. *Instituciones del Derecho mercantil de España*, Barcelona, 1848, pp. 145,485 y ss.

que exigen las disposiciones mencionadas» [STS 20 enero 1872 (C.L. n.º 31); en igual sentido V.SSTS 16 marzo 1870 (C.L. n.º 138), 21 diciembre 1874 (C.L. n.º 23), 21 junio 1878 (C.L. n.º 193) y 15 febrero 1875 (C.L. n.º 74)].

Esta doctrina jurisprudencial indujo a la mayoría de los comerciantes a eludir deliberadamente la matriculación produciendo una huida masiva del rigor de la quiebra hacia la normativa menos rigurosa del concurso de acreedores. La reforma de 30 de julio 1878 modificó el artículo 1.º poniendo fin a la frecuente aplicación del concurso de acreedores a comerciantes de hecho y, permitiendo, en consecuencia la aplicación del régimen de la quiebra a los comerciantes no inscritos. De este modo, dicha reforma modificó radicalmente la situación anterior en la que, en palabras gráficas de ESTASEN, «por el número de aquéllos (comerciantes) y la ausencia de éstas (quiebras) llegaría a negarse la existencia del comercio español»<sup>26</sup>.

El Tribunal Supremo admitió, sin contradicciones, la reforma, dando paso a la aplicación del régimen de la quiebra a los comerciantes de hecho —sin exigir su matriculación— al considerar que «si resulta acreditado a juicio de la Sala sentenciadora que una persona se ocupaba habitualmente en vender objetos de bisutería en el establecimiento que tenía destinado al efecto, es indudable que debe reputarse comerciante; y por consiguiente la sentencia que le declara en estado de quiebra no infringe los artículos 1º, 14 y 1017 del Código de Comercio» [STS 5 mayo 1883 (C.L. n.º 149) y con idéntica doctrina, SSTS 23 septiembre 1882 (C.L. n.º 266) y 18 enero 1904 (C.L. n.º 16)].

## 2. *El Código de Comercio de 1885*

Con posterioridad, el Código de Comercio de 1885 en su artículo 1 estableció que «son comerciantes, para los efectos de este Código: 1º. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. 2º. Las Compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código».

Y en el artículo 17 dispuso el carácter potestativo de la inscripción para el comerciante individual, con la única excepción del naviero, para quien es obligatoria la inscripción. Esto no quiere decir que el naviero no inscrito no quiebre; la inscripción es sólo el pre-

<sup>26</sup> ESTASEN, P. *Tratado de la suspensión de pagos y de las quiebras*, Madrid, 1908, p. 95.

supuesto del beneficio de la limitación de la responsabilidad, por lo que el naviero no inscrito también quiebra y no puede oponer ese beneficio. El Reglamento del Registro Mercantil 1989 (RD 1597/1989, de 29 de diciembre) y el de 1996 (RD 1784/1996, de 19 de julio) tampoco obligan al empresario individual a inscribirse (art. 81 en ambos Reglamentos), pero mantienen esta obligatoriedad para el naviero empresario individual.

Conforme al tenor literal del artículo 1.1 CCom 1885 quebrarán en nuestro ordenamiento los deudores con capacidad legal (1) para ejercer el comercio que ejerciten actos de comercio habitualmente (2). El Tribunal Supremo, como expondremos, ha añadido a estos requisitos legales el de ejercer el comercio en nombre propio y la atracción hacia el titular de la empresa de las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial (3).

## 2.1. CAPACIDAD LEGAL

Como hemos señalado, conforme a la definición del artículo 1 CCom para ser comerciante individual es necesario ejercer habitualmente el comercio con capacidad legal. La capacidad legal para el ejercicio del comercio del comercio la tendrán «las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes» (art. 4 CCom). Se exige, por tanto, la capacidad jurídica y de obrar y la libre disposición de los bienes. Este último requisito se entiende si tenemos en cuenta que el Derecho mercantil precisa de la capacidad de obligarse en los sujetos y sólo puede obligarse quien tiene la libre disposición de bienes (art. 1160 CC).

### a) *Menores de edad e incapacitados*

Sin embargo, esta definición no es completa ya que excluye a personas que son comerciantes, aunque no pueden actuar como tales por no tener capacidad legal para ejercer el comercio, pero lo ejercen, no por sí, sino por medio de representante legal.

En efecto, el artículo 5 CCom se refiere a los menores de edad y a los incapacitados<sup>26</sup>. Sólo se les permite «continuar, por medio de

---

<sup>26</sup> En cuanto a la incapacidad, el art. 200 CC, dispone «que son causas de incapacidad, las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Antes de la reforma de 24 octubre 1983 se hablaba de locos o dementes y sordomudos. A estas causas con-

sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes», no pudiendo, por tanto, crear por sí el negocio<sup>27</sup>.

Al continuar el comercio asumen la responsabilidad del mismo, pero al carecer del discernimiento necesario para ejercer el comercio deben actuar en el tráfico con un complemento que el Código Civil regula, consistente en el nombramiento de tutor o curador, —«guardadores» en la dicción del Código de Comercio, anterior a la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma del Código civil en materia de tutela— y el sometimiento a la patria potestad<sup>28</sup>.

El Reglamento del Registro Mercantil ha previsto, en el artículo 91, la inscripción de menores e incapacitados.

Nos planteamos el supuesto relativo a si los incapacitados legalmente para el ejercicio habitual del comercio pueden, o no, ser declarados en quiebra, si, pese a la incapacidad legal y sin suplir la misma, se dedicaren con habitualidad al comercio en nombre propio y, por tanto, pudieran incurrir en el presupuesto objetivo de la declaración de quiebra.

Al respecto, una primera respuesta consistiría en reconocer capacidad de quebrar al menor por ser comerciante de hecho al dedicarse habitualmente al comercio aunque no lo sea para el legislador<sup>29</sup>. Por tanto, frente al comerciante de derecho, se encuentra

---

viene añadir la dicción del artículo 199 CC que exige la sentencia judicial para poder ser incapacitado jurídicamente; el legislador ha optado por un procedimiento que garantice la audiencia de los afectados por la resolución, antes de que recaiga ésta. En cuanto al procedimiento establecido es el de menor cuantía con las modificaciones necesarias que respeten la naturaleza propia del proceso. Si la situación del sujeto incapaz, aún no incapacitado, requiere de medidas asegurativas, el juez podrá ordenarlas en tanto se desarrolla el proceso contradictorio (art. 209 CC).

<sup>27</sup> Esta norma contiene un principio nuevo, el de conservación de la empresa que es semejante al 1056 CC, donde se permite al «padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad de este artículo disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos».

<sup>28</sup> Si el menor comercia mediante sus guardadores, puede quebrar, aunque no sea sujeto activo del eventual delito (V. DE LA OLIVA SANTOS, A. y DE LA CUESTA RUTE, J. *Algunas orientaciones para la reforma del Derecho Concursal*, R. D. Proc. Ib. 1977, p. 650).

<sup>29</sup> En este sentido defiende RAMÍREZ que el sentido común jurídico se rebela contra el absurdo que supone conceder una ventaja o privilegio a quien, con infracción legal, tiene la consideración objetiva de comerciante, por dedicarse habitualmente al comercio. Por tanto, defender que tales personas no pueden ser declaradas en quiebra, sería tanto como conceder una prima o ventaja a la mala fe y a la simulación. La STS 30 noviembre 1883 defendió que procede la quiebra de quien, padeciendo alguna incapacidad comercial, la hubiese ocultado, porque el *falso comerciante* ha de estar también sujeto a las leyes de comercio, y sería contrario a las reglas de derecho que el falso comerciante haga mejor su condición por medio del fraude (V. RAMÍREZ LOPEZ, J. *Derecho Concursal español. La quiebra*, Barcelona, 1959, III, p. 675).

el llamado comerciante de hecho, comerciante clandestino o falso comerciante. Este no será comerciante para la ley, ya que no queda incurso en el artículo 1 del CCom, pero está sometido, por sus relaciones con terceros, a las disposiciones que el Código establece en favor de los mismos. Por tanto, debe admitirse la posibilidad legal de que sea declarado en quiebra el llamado comerciante de hecho, sea o no comerciante para la ley.

Sin embargo, esta posición doctrinal, que compartimos, nos plantea un interesante problema en relación a la vigencia de las obligaciones jurídicas contraídas por el menor al tratarse de actos anulables. En efecto, incluso en el supuesto de que hubiera transcurrido el plazo legal (art. 1301 CC) para solicitar la anulabilidad de las obligaciones (acciones procesales) sin impugnarlas, no por esta circunstancia el deudor está necesariamente obligado al cumplimiento puesto que, si bien el deudor no podría accionar para impugnar la validez, se discute si el plazo legal de prescripción de la acción se aplica también a la excepción, entendiéndose de forma mayoritaria que dicho plazo no es aplicable y, en consecuencia el deudor podría oponerse en el juicio de quiebra a la validez de la obligación contraída cualquiera que fuera el tiempo que hubiera transcurrido desde que salió de la tutela (art. 1301 CC)<sup>30</sup>.

Por tanto, la solución a esta cuestión, en la que no nos podemos detener, afecta a tres cuestiones decisivas como son la legitimación activa de los acreedores para solicitar la quiebra — porque se cuestiona si son acreedores legítimos o no lo son— y, por lo mismo, a la duda en torno a la existencia de la pluralidad de acreedores así como a la concurrencia del presupuesto objetivo de la declaración de quiebra (sobresimiento en el pago corriente de sus obligaciones).

En este sentido, siendo el menor un empresario de hecho podría ser declarado en quiebra pero también obtener la reposición de la declaración de quiebra fundamentándose en las tres causas aludidas. Aunque también convendría detenerse en otra cuestión procesal interesante como es la relativa a si en la quiebra voluntaria, la petición de la quiebra por el propio deudor implica renuncia a las acciones de anulabilidad a las que tuviera derecho (art. 1311 CC).

---

<sup>30</sup> V. CORDON MORENO, F. *¿Cuál es el alcance de la reconversión en nuestro ordenamiento jurídico?*, en «Proceso Civil de Declaración», Pamplona, 1996, p. 206.

b) *El quebrado no rehabilitado*

En cuanto a los quebrados no rehabilitados ni autorizados —en virtud de un convenio aceptado en Junta General de Acreedores y aprobado por la autoridad judicial— que ejercen el comercio pese a la inhabilitación inherente a la declaración judicial (art. 878 CCom), la doctrina discute si nos encontramos ante un supuesto de incapacitación o de prohibición para ejercer el comercio. Así, un sector entiende que la inhabilitación del quebrado para la administración y disposición de sus bienes del artículo 878 CCom, reside no en el sujeto sino en el objeto; es una prohibición, no una incapacidad<sup>31</sup>. Sin embargo, la mayoría de la doctrina interpreta la inhabilitación del citado artículo como una verdadera incapacitación para administrar, realizar actos mercantiles y cualquier otro que suponga una disminución gravamen de su patrimonio<sup>32</sup>.

La diferencia entre ambas posiciones tiene trascendencia a efectos del tema que tratamos, ya que de ser el quebrado —no rehabilitado ni autorizado— un incapacitado para el ejercicio del comercio no podría ser comerciante legal, y, por tanto, debemos cuestionarnos si puede declararse una segunda quiebra por el ejercicio realizado contraviniendo el artículo 878.1 CCom<sup>33</sup>.

La jurisprudencia, por su parte, no aporta ninguna solución precisa a esta cuestión puesto que no ha mantenido una posición uniforme: así podemos observar que una sentencia habla de «extinción de la personalidad jurídica» [«STS 17 marzo 1910 (C.L. n.º 78)»]; otra, de «limitación de la capacidad del quebrado» [«STS 3 octubre 1901 (C.L. n.º 62)»]; otra, de «modificación de la capacidad» [«STS 13 mayo 1927 (C.L. n.º 41)»]; otra, de «privación del ejercicio de casi todos los derechos civiles» [«STS 20 noviembre 1928 (C.L. n.º 46)»]; otra, de «restricción de su capacidad jurídica» [«STS 20 diciembre 1952 (R. 2833)»], otra, de «interdicción» [«STS 27 marzo 1931 (R.1988)»], otra, de «cuasi incapacitación» [«STS 30 junio 1978 (R. 2629)»]—, y, otra, finalmente, de «incapacitación para obrar» [«STS 18 diciembre 1995»]—. Además las SSTTS de 9 de junio 1932 (R.1094) y 21 junio 1960 (R.2592) al afirmar que la declaración de quiebra nunca puede

<sup>31</sup> V., por todos, JIMENEZ ESCARZAGA, J.D. *La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de Comercio*, R.D.M., 1968, pp. 39 y ss.

<sup>32</sup> V. por todos, GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, *J. Curso de Derecho Mercantil*, II, op. cit., p. 465; MARTI DE EIXALA, *R. Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit., p. 805.

<sup>33</sup> V. MARCOS GONZALEZ, M. *El período de retroacción en el proceso de quiebra*, R.D. Proc. 1995, III, pp. 897 a 967.

afectar a contratos o actos en los que intervino el quebrado como otorgante en representación ajena y no en su propio nombre, suponen la capacidad jurídica en el quebrado con respecto a bienes ajenos a su patrimonio. Por tanto, la falta de precisión es notoria.

Pero si se tiene en cuenta que en nuestro actual Derecho positivo no existe la institución jurídica de la «muerte civil», a la que equivaldría la «extinción de la personalidad jurídica» de que habla la STS 17 marzo 1910 (C.L. n.º 78); que, según el artículo 32 del CC, «la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas», y solamente por ella; que sólo la citada sentencia habló de «extinción de la personalidad jurídica del quebrado» y limitándola a «la administración de todos sus bienes»; que las restantes sentencias anotadas hablan indiferentemente, y como sinónimos, de «interdicción», «limitación» y «modificación» de la capacidad del comerciante, o de la «privación del ejercicio de casi todos los derechos civiles», y que la STS 30 junio 1978 (R.2629) precisa que «no nos encontramos ante un caso de verdadera incapacidad, sino meramente de un estado personal (...) de *cuasi incapacidad*», podemos concluir que para el Tribunal Supremo, al igual que para nuestros autores<sup>34</sup>, la inhabilitación del quebrado no es otra cosa que una «restricción de su personalidad jurídica» (art. 32 CC).

En cualquier caso, los quebrados no pueden ejercer el comercio ni por sí, ni por otro. La imposibilidad de ejercer el comercio le afecta a él y a un posible representante<sup>35</sup>; los Síndicos, por tanto, no son representantes del quebrado, sino que son «administradores legales del haber de la quiebra»<sup>36</sup> (arts. 1077 CCom 1829; 1218.1 LEC y 1366 LEC).

Y la jurisprudencia ha precisado, en SSTS 24 noviembre 1964 y 26 marzo 1974, que «corresponde a los Síndicos exclusivamente la defensa de los derechos de la quiebra, teniendo tanto la representación del quebrado como la de los acreedores, sin que puedan es-

<sup>34</sup> V. por todos, RAMIREZ LOPEZ, op. cit., II, p. 30.

<sup>35</sup> La doctrina discute la cuestión relativa a la representación que ostentan los Síndicos. Al respecto, hay quien sostiene que ejercen la representación de un patrimonio: la masa, en el que se diluyen hasta desaparecer, tanto la personalidad del deudor como la de los acreedores. Pero también hay quien sostiene que sólo son representantes o mandatarios de los acreedores. Y no falta quien les asigna la representación conjunta de los acreedores y del deudor (V. RAMIREZ LOPEZ, J. A. op. cit., I, p. 475.).

<sup>36</sup> Al respecto, JIMENEZ ESCARZAGA defiende que los Síndicos «administran un patrimonio en liquidación, mientras no se realice la ejecución y venta de los bienes. No tienen por función realizar actos mercantiles sobre el patrimonio del quebrado, ni continuar el comercio» (JIMENEZ ESCARZAGA, J.D. *La retroacción*, op. cit., p. 39).

tos intervenir personalmente en las gestiones que son propias de los Síndicos»<sup>37</sup>.

Por lo expuesto, entendemos que los Síndicos ostentan la representación legal de la *quiebra*, en juicio y fuera de él (art. 1218.1 LEC), y en tal carácter defienden los intereses y derechos de la masa de acreedores, tanto si son coincidentes con los del quebrado (arts. 1264 y 1381 LEC), como si son antagónicos con ellos (art. 1366 LEC)<sup>38</sup>.

Por lo que ni ostentan tampoco la representación de los acreedores aisladamente, sino como integrantes de la masa, ni ostentan la representación plena del quebrado, sino que la desempeñan sólo en cuanto que el quebrado es sujeto pasivo del procedimiento y titular de los bienes sujetos a la quiebra<sup>39</sup>. De no ser así no tendría explicación que al margen de la actuación de los Síndicos, el que-

<sup>37</sup> Además la STS 28 abril 1930 defendió que los Síndicos no tienen la condición de causahabientes del quebrado porque «es causante la persona de quien se deriva a alguno el derecho que tiene y que respecto a aquella se dice causahabiente, pero la sindicatura de una quiebra tiene las funciones de administración de los bienes y pertenencias, recaudación y cobranza de todos los créditos de la masa que le confiere el Código de Comercio de 1829 en los artículo 1079 y ss. a que se refiere el 1335 LEC, pero a los Síndicos no corresponde derecho alguno propio de función representativa de derechos que asistieran al quebrado antes de venir a dicha situación jurídica, y menos la pueden ostentar los que eran acreedores del quebrado, cuya representación tiene en el juicio de quiebra una titularidad propia e independiente, y precisamente para exigir obligaciones contra el quebrado, conceptos todos que son diferentes y aún (in)compatibles con el de causahabientes del mismo».

<sup>38</sup> Defiende CORDON MORENO que los supuestos de legitimación de los administradores (depositario y síndicos) del concurso y de la quiebra, son más bien supuestos de «representación» en sentido amplio, o si se prefiere de determinación de quién es el portador legítimo en juicio del derecho o interés de la comunidad o del grupo (CORDON MORENO, F. *De nuevo sobre la legitimación*, op. cit., p. 53, n.21).

<sup>39</sup> En este sentido afirma la STS 10 junio 1991 que «la Sindicatura representa legal y primordialmente a la quiebra, para proteger los intereses de los acreedores y procurar, en todo lo factible, su atención y satisfacción oportunas, con cargo a los bienes del deudor quebrado, que es el directa y plenamente obligado (art. 1911 CC). Puede suceder a veces, que los intereses de éste, coincidan con los de la masa de acreedores (y así lo contempló la antigua STS 17 julio 1887); pero en todo caso, y tratándose de actuaciones en procesos, los Síndicos vienen a actuar como sustitutos procesales del quebrado, que queda privado del poder de disposición en beneficio de sus acreedores. En consecuencia, pueden actuar y los asiste la legitimación necesaria, en pleitos como en el presente, de tercera de dominio, tendente a evitar la enajenación y disposición de bienes, de la titularidad del quebrado (STS 13 diciembre 1982) (...) por lo expuesto resulta procedente la competencia de la Sindicatura, para el ejercicio de todas las acciones y excepciones que afectan a los intereses del quebrado y no se produce, declarándolo así, infracción alguna del artículo 533 de la LEC, sin que ello signifique establecer que dicho deudor quede afectado de incapacidad absoluta, ya que puede defender sus derechos personales frente a los de la quiebra y cualesquiera otros de dicha naturaleza, pero su capacidad resulta limitada, en cuanto a la postulación, si se margina el estado procesal de quiebra, respecto a derechos que a ésta interesan directamente».

brado de una parte, y de otra los acreedores aisladamente considerados, pudieran, como pueden, actuar dentro del juicio de quiebra incluso en contradicción con lo que los Síndicos demanden o realicen<sup>40</sup>. En cualquier caso, se trata de un supuesto complejo que merecería un estudio detenido para delimitar si la actuación de los Síndicos se realiza, en ocasiones, en representación de la quiebra y, en otras, en sustitución del quebrado.

c) *Prohibiciones legales (arts.13 y 14 CCom 1885)*

En estos casos, entendemos que la solución es la misma a la mantenida en relación a la quiebra del empresario de hecho puesto que las personas que padecen alguna incompatibilidad para comerciar adquieren la cualidad legal de comerciantes si ejercen habitualmente el comercio, por tanto ha de admitirse que pueden, en tal caso, ser declaradas en quiebra, al igual que cualquier otro comerciante de hecho, tanto si ejercen el comercio «fuera» de su distrito, provincia o pueblo, que si lo ejercen «dentro». Ciertamente sería una injusticia el permitirles que se sirvan de la misma prohibición que violan, para mejorar su condición y eludir los rigores de la ley mercantil, acogiéndose al concurso de acreedores<sup>41</sup>.

d) *Quiebra de la herencia*

Hay quiebra de la herencia cuando, con posterioridad a la muerte de un empresario, y antes de que se confunda el patrimonio hereditario con el del heredero, se revela la situación de sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones.

Nos encontramos, por tanto, ante la duda sobre la posibilidad de declarar la quiebra del patrimonio hereditario del empresario fallecido en tanto aquél no se haya confundido con el de sus herederos. Al respecto, en principio la respuesta debería ser negativa puesto que el caudal hereditario no puede ostentar la cualidad de comerciante del artículo 1 CCom.

---

<sup>40</sup> RAMIREZ LOPEZ, J.A. op. cit., I, p. 476.

<sup>41</sup> Convendría cuestionarse si la quiebra de quienes están sujetos a incompatibilidad o prohibición general ha de ser siempre fraudulenta (V. DE LA OLIVA SANTOS, A. y DE LA CUESTA RUTE, J. *Algunas consideraciones*, op. cit., p. 650).

No obstante, el legislador se refiere expresamente a la quiebra de la herencia en el artículo 1053 LEC al disponer que «las testamentarias podrán ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra, en los casos en que así proceda respecto a los particulares; y si lo fueren, se sujetarán a los procedimientos de estos juicios».

Y el Tribunal Supremo, por su parte, se ha pronunciado sobre la aplicación de este precepto<sup>42</sup>.

Por tanto, el legislador, el Tribunal Supremo y los autores admiten la quiebra de la herencia, en su concepto de universalidad de bienes, aunque con cierta confusión, ya que unas veces se refieren a la testamentaria o al abintestato y otras a la explotación indivisa de la herencia<sup>43</sup>.

Lógicamente, sólo procederá la quiebra de la herencia cuando el *de cuius* hubiera sido empresario, pues en otro caso procedería el concurso. No es, pues, la cualidad del heredero, sino la del causante, la que determina la declaración y seguimiento de la quiebra o del concurso.

Por tanto, el sujeto pasivo de la declaración de quiebra no lo es el empresario fallecido, ni sus herederos, ni ninguna otra persona física, sino la herencia como tal, testamentaria o abintestato. Por

---

<sup>42</sup> En STS 17 octubre 1890 afirma que «para declarar la quiebra de una testamentaria, conforme el artículo 1053 LEC, es preciso que esa *entidad jurídica* tenga existencia legal al tiempo en que la declaración se promueva en debida forma; que aun presentada la solicitud oportunamente, por hallarse a la sazón pendiente el juicio universal, ni puso ni pudo poner obstáculo a su continuación y terminación, porque habiéndose desestimado por falta de un requisito esencial su admisión, quedó consentido este proveído, y, por lo mismo, sin efecto alguno la solicitud en el orden legal; y que resultaron extemporáneas, y por lo mismo inatendibles, las gestiones practicadas después que la testamentaria terminó por auto en que se aprobó la liquidación y partición del caudal relicto» (STS 17 octubre 1890). Y en STS 3 junio 1891 defendió que «convenido por escritura pública, por la viuda y herederos de un comerciante matriculado, que la herencia quedaría proindiviso y a su frente se colocaría uno de aquéllos, con las mismas ilimitadas atribuciones que tendría el difunto si viviese, autorizando para usar la firma de éste, comprar, vender, hacer uso del crédito (...), es innegable que dicha testamentaria, atendidos semejantes pactos, la índole de las negociaciones que debía realizar y realizó, y la circunstancia de haber pagado (quien la representaba) la cuota de contribución industrial, tenía la cualidad de comerciante; y que por haberse establecido (en dicha escritura pública) una asociación comercial respecto de la que pueden ejercitar sus derechos terceras personas, conforme al artículo 28 del antiguo Código y el 24 del vigente, aunque la escritura no se haya registrado, la sentencia recurrida que denegó la declaración de quiebra del *proindiviso*, solicitada por los recurrentes, infringe el artículo 1053 de la LEC, que dispone que las testamentarias podrán ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra, en los casos en que así proceda respecto a los particulares».

<sup>43</sup> V. por todos, RAMIREZ LOPEZ, op. cit., III, p. 721. Al respecto, V. la monografía de ROBLES GARZON, J.A. *La quiebra de la herencia*, Barcelona, 1979.

otro lado, el sobreseimiento en el pago de las obligaciones ha de producirse, y revelarse, después del fallecimiento del empresario, y ha de referirse al impago de deudas hereditarias o testamentarias puesto que si el sobreseimiento se produjo en vida del de cuius, aunque se exteriorizara después de su muerte, la quiebra sería del causante y no de la herencia.

La Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal 1995 se refiere a estos aspectos proponiendo una regulación que suple las carencias normativas actuales en tres artículos dedicados a la interacción entre el concurso y la herencia.

El primer artículo es el 252 que trata de la declaración de concurso de la herencia. Contempla en primer lugar el supuesto de que fallezca el deudor antes de la declaración de concurso y que la herencia no hubiera sido aceptada pura y simplemente. El segundo supuesto se refiere a la hipótesis de que el deudor hubiere fallecido durante la tramitación del procedimiento. En este último caso el Juez declara de oficio la continuación del concurso, sin retrotraer las actuaciones.

El artículo 256 se ocupa de la aceptación de la herencia declarada en concurso. El número 1 de este artículo concede a los acreedores la facultad de requerir al heredero ante el Juez para que éste acepte o repudie la herencia. No se concreta cuánto tiempo tienen los herederos para manifestar si aceptan o repudian la herencia, pero en cualquier caso pensamos que deberá aplicarse el contenido del artículo 1019 del CC que les concede el plazo de 30 días. No sabemos si también deben entenderse aplicable el segundo párrafo de este artículo en cuanto dice que pasados 30 días sin hacer dicha manifestación se entenderá que el heredero acepta la herencia pura y simplemente.

El segundo extremo de este mismo artículo establece la presunción de que una vez declarado el concurso de la herencia la aceptación por los herederos se considera realizada a beneficio de inventario salvo que manifieste de modo expreso que aceptan pura y simplemente o que hubieren substraído u ocultado bienes de la herencia, en cuyo caso se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente a título de sanción.

El último artículo de esta sección (art. 257) está destinado a aclarar cuáles son los efectos de la aceptación de la herencia. El primer párrafo dispone que si la herencia fue aceptada a beneficio de inventario continúa el concurso de acreedores y si al final existen bie-

nes se entregará al heredero aceptante. Si la herencia fuera aceptada pura y simplemente, también continuará el concurso de acreedores, pero el Juez declarará también en concurso a los herederos cuando transcurrido un mes de la aceptación no hubieran acreditado la íntegra satisfacción de los acreedores.

Si dispone finalmente en el último apartado que el concurso de la herencia y de los acreedores se tramitará en un procedimiento único, con Síndicos comunes y formación de masas separadas.

## 2.2. HABITUALIDAD EN EL COMERCIO

### a) *Empresario en activo*.

Nada dicen nuestras leyes sobre lo que deba entenderse por «habitualidad» en el ejercicio del comercio; pero, indudablemente, hemos de suponer tal «habitualidad» en quien, de una manera constante, repetida e intencionada, y con idea de lucro, se dedica a la práctica de actos de comercio, que son todos aquellos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 2 CCom.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones —como expondremos a continuación— interpretando la nota de la habitualidad en el ejercicio del comercio, que ha identificado en sentencias de la última década con la profesionalidad [SSTS 17 diciembre 1987 (R.9514) y 27 abril 1989 (R.3266)].

Lo que no quiere decir, naturalmente, que la «habitualidad» se encuentra sólo en aquellas personas que hacen del ejercicio del comercio la única profesión, ni aun la principal de sus actividades. En este sentido, el Tribunal Supremo asignó la cualidad de comerciante, suponiendo la habitualidad exigida por la ley, a personas que tenían otra profesión o actividad ajena al comercio [STS 18 enero 1904 (C.L. n.º 16), que califica de comerciante al dueño de una peluquería, por titular su establecimiento de perfumería y STS 1 diciembre 1950 (R.1542), que hace lo propio con quien tiene actividades fabriles y además, se dedica a la compraventa de vinos].

En otras ocasiones, como hemos visto anteriormente<sup>44</sup>, se ha pronunciado la jurisprudencia en el sentido de considerar que son co-

<sup>44</sup> V. SSTS citadas anteriormente al exponer el concepto objetivo de comerciante en el Código de Comercio de 1885.

merciantes los individuos que ejercen habitualmente actos regulados por el Código de Comercio o análogos a ellos y, entendiéndose que no es suficiente para atribuir la cualidad de comerciante y, por tanto, decretar el estado de la quiebra, la ejecución aislada de algún acto de comercio exigido por las necesidades de la vida.

Desde luego no es preciso, para la «habitualidad», que el empresario individual figure inscrito en el Registro Mercantil, ya que tal inscripción es potestativa, como puntualiza el artículo 19 CCom, sin otros efectos, para los no inscritos, que los determinados en el mismo artículo. Ni tampoco es preciso, para que pueda hablarse de «habitualidad», que la persona física comerciante satisfaga el Impuesto sobre Actividades Económicas correspondiente a las actividades mercantiles a que se dedique. Aunque estas formalidades pueden constituir un dato que, en el conjunto de las demás pruebas, permitan concluir que el sujeto realiza actos de comercio de modo habitual, como veremos.

#### b) *Empresario retirado*

Hemos afirmado que no puede quebrar quien por su profesión o actos habituales no asuma la cualidad de empresario y, en este sentido, debemos preguntarnos si se incluye entre los sujetos que no quiebran al empresario retirado, puesto que ya no seguirá ejerciendo su profesión mercantil.

Nuestro ordenamiento mercantil no regula este supuesto, pero el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto afirmando que el hecho de que un comerciante después de sobreseer en el pago de sus obligaciones, abandone el ejercicio del comercio, no impide que pueda ser declarado en quiebra.

En efecto, las SSTs 12 julio 1940 (R.705) y 10 mayo 1990 (R.4247) han defendido que si en este caso no se sometiera al comerciante retirado a la quiebra «se desconocería que la declaración formal de aquel estado no es sino el acogimiento en derecho del estado de hecho que le precede y da lugar, precisamente por estar ya constituido en él el comerciante y equivaldría a proporcionar a los comerciantes que no pudieran o no quisieran atender al cumplimiento de todas sus obligaciones un fácil medio de eludir la situación y efectos procesales inherentes a la quiebra»<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> En igual sentido, la SA(T) Barcelona, 19 octubre 1983 (R.J.C. 1984, p. 136).

Sin embargo, conviene precisar que la quiebra sólo procederá por las obligaciones contraídas en la época en que ejerció el comercio. En consecuencia, el incumplimiento de obligaciones posteriores al cese de sus actividades no podrá, en ningún caso, determinar el estado de quiebra.

No obstante, las SSTS de 4 de julio de 1918 (C.L. n.º 10) y 13 marzo de 1936 (R.544) excluyen la aplicación de la quiebra porque en el momento de solicitarse, el deudor no tenía la condición de comerciante, aunque anteriormente hubiera realizado actividad mercantil; así lo expresa la primera de las citadas afirmando que «la Sala estimó que dejó de serlo años antes de la solicitud de declaración de su estado de quiebra».

Por tanto, a juicio del Tribunal Supremo es necesario que medie un tiempo prudencial —que sería apreciable por el Juez ante la falta de regulación— entre el momento en que cesó la actividad mercantil del empresario y la solicitud de declaración de quiebra para que ésta pueda ser estimada.

### 2.3. EJERCICIO DEL COMERCIO EN NOMBRE PROPIO

#### a) *Actuación en nombre propio*

El Tribunal Supremo ha añadido a los requisitos legales mencionados «capacidad legal y habitualidad en el ejercicio de actos de comercio» el de ejercer el comercio en nombre propio y la atracción hacia el titular de la empresa de las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial. Con esta declaración hace suya la doctrina científica que distingue el *concepto vulgar o económico* del comerciante caracterizado por el dato social de la profesión de vida de una persona, y en el que se comprenden tanto los que dirigen por sí mismos una empresa mercantil como los que colaboran en ella como empleados, del *concepto jurídico*, que se caracteriza por la adquisición por aquellas personas de los derechos y obligaciones que se producen en la actividad mercantil. Esto implica excluir a los directores y gerentes de sociedades, factores, apoderados, dependientes, viajantes y en general, a las personas en las que no se da la nota de actuación en nombre propio<sup>46</sup>.

De este modo, a juicio del Tribunal Supremo, «la condición de comerciante o empresario requiere un dato de significación jurídica

<sup>46</sup> V. SA (T) Barcelona, 18 marzo 1985 (R.J.C. 1985, p. 645).

ca, que consiste en el ejercicio del comercio en propio nombre, concepto que no es reconducible a la mera habitualidad, sino que exige hacer del comercio su profesión» [SSTS 25 marzo 1922 (C.L. n.º 61), 17 diciembre 1987 (R.9514) y 27 abril 1989 (R.3266)].

Este último requisito exigido por la jurisprudencia «hace que el accionista no sea comerciante por ese simple dato y que el administrador sólo lo sea en el sentido vulgar o puramente económico, por no actuar en su propio nombre sino en el de la sociedad» [STS 17 diciembre 1987 (R.9514)]<sup>47</sup>.

Por tanto, según la jurisprudencia puede definirse la condición de comerciante desde una triple perspectiva sintetizada en las notas de profesionalidad, modo de vivir y dedicación constante y reiterada o habitual a actos de comercio, como derivados y cohesionados con una entidad o individualidad mercantil o empresarial, sea como persona física o jurídica, y siempre desde la premisa constante de la asunción directa de obligaciones y derechos dimanantes de una actividad integrada dentro del concepto general de tráfico, comercio u organización con finalidad lucrativa organizada<sup>48</sup>.

## b) *Quiebra del empresario oculto*

Con anterioridad, hemos concluido que lo decisivo en nuestro Derecho positivo para determinar la cualidad de empresario en un sujeto individual responde al dato real de quien ejerce el comercio

---

<sup>47</sup> Por su parte, la doctrina de las Audiencias ha incorporado a sus pronunciamientos este requisito integrante de la concepción jurisprudencial de la condición de comerciante [V.SSA(T) Palma de Mallorca, 8 febrero 1982 (R.J.C.1982, p. 661) y 11 octubre 1982 (R.J.C. 1983, p. 140); SSA (T) Barcelona, 10 marzo 1986 (R.J.C. 1986, p. 716) y 18 marzo 1985 (R.J.C.1985, p. 645)].

<sup>48</sup> En este sentido, la SA(T) Pamplona 13 septiembre 1984 (R.G.D.1985, p. 255), afirma que «la prestación de avales en letras de cambio y fianzamientos, en forma personal aquéllos y éstos, de pólizas de préstamos bancarios, actos que son de indudable carácter mercantil, actuaciones estas últimas continuas desde 1977 podrían merecer (para su autor) la calificación de avalista profesional». Y por otra parte, la SA(T) Barcelona, 20 febrero 1980 (R.J.C.1980, p. 663), dispone que «en el supuesto contemplado se acredita esa reiterada dedicación que viene significada por los contratos de fianzamiento en los que intervenía, asegurando el cumplimiento de contratos de cuentas en participación como así específicamente se califican, pero aun cuando éstos se entendiesen como préstamos, su reiteración constituiría un quehacer comercial en nombre propio, debiéndose conformar con el Juzgado la apreciación de que la persona citada se presentaba y actuaba en el sentido que se dice, suscribiendo un gran número de pólizas mercantiles de crédito, librando y aceptando letras, extendiendo cheques, promoviendo sociedades y empresas urbanizadoras, lo que corresponde en su conjunto a una profesionalidad que lo califica de comerciante».

o la actividad empresarial con habitualidad y en nombre propio, sin requerir formalidad alguna.

Este criterio real nos permite afirmar que quiebra el comerciante oculto, es decir, quien ejerce como verdadero profesional comerciante aunque no se manifieste como tráfico jurídico<sup>49</sup>.

## A. CONDICION DE EMPRESARIO SOCIAL

### 1. Planteamiento

Hemos visto que nuestro Derecho configura la quiebra como una institución peculiar y exclusiva del deudor empresario, quedando el concurso de acreedores para el deudor común. En el epígrafe anterior ha quedado expuesto el carácter de comerciante (empresario) en el deudor individual, pero sucede en la mayoría de los casos que el sujeto titular de las relaciones jurídicas no es una persona física, sino una persona o entidad jurídica y, si ésta reviste el carácter de comerciante, deberá también estar sometida a la quiebra. Hablaremos en este caso de «empresario social» frente a «empresario individual».

La PALC 95, en consonancia con la realidad vigente, regula la institución concursal en relación al empresario social<sup>50</sup> mientras que las normas aplicables a los empresarios individuales se establecen de forma específica<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> En este sentido se pronuncia la SA(T) Barcelona, 20 febrero 1980 (R.J.C.1980, p. 663), afirmando que «quien de hecho y en realidad ejerce una actividad mercantil, aunque lo haga utilizando persona interpuesta o a través de sociedades que domina con su personal voluntad, no es justo que pueda liberarse de las obligaciones impuestas a los comerciantes eludiendo los rigores de la normativa en supuestos de insolvencia, ya que el requisito legal tiene carácter objetivo «el dedicarse habitualmente al comercio» y si así se hace y practica teniendo capacidad, debe ser considerado como un verdadero profesional comerciante, aunque dicho ejercicio intente hacerlo clandestino y oculto».

<sup>50</sup> Con estas palabras lo expresa en la Exposición de Motivos; «frente al Derecho destinado a perder vigor, en el que el modelo de deudor subyacente en la normativa era el de la persona natural —muy especialmente, la dedicada al comercio—, la Ley parte de la constatación de que la mayoría de los sujetos del tráfico económico, sea en el sector de la industria, en el del comercio o en el de los servicios, ha adoptado como forma de organización la propia de las sociedades mercantiles y que, con frecuencia, esas sociedades están integradas en grupos de empresas, nacionales e internacionales».

<sup>51</sup> V. GARRIDO, J. M.<sup>a</sup> *La reforma del Derecho concursal español. Reflexiones en torno a la propuesta de anteproyecto de la ley concursal del Profesor Angel Rojo*, «Revista de Derecho Bancario y Bursátil» octubre-diciembre 1996, pp. 889 y ss.

Esta materia no está exenta de dificultades, en el Derecho vigente<sup>52</sup>, ya que como afirma DUQUE DOMINGUEZ «la problemática que suscita la quiebra del empresario social es una cuestión que debe ser debatida casi totalmente ex novo en el Derecho español. A pesar de la buena voluntad y de la ingenua creencia que el legislador de 1885 expresó en la Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885 es éste un terreno prácticamente virgen en el articulado legal»<sup>53</sup>.

Como hemos expuesto con anterioridad, en el Derecho español la quiebra exige siempre un sujeto; quiebra el comerciante o empresario y no la empresa. En este sentido, los recientes estudios, así como la PALC 95, abogan por la unificación de procedimientos concursales prescindiendo del carácter de comerciante, pero no por la supresión del sujeto.

Por otro lado, los actuales procesos de transformación y fusión de sociedades dificultan la determinación del sujeto legitimado pasivamente para ser declarado en quiebra<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Afirma GARRIDO comparando el concurso del deudor individual en relación al concurso de la sociedad, comentando la PALC 95, que «contrariamente a la opinión común, los concursos de personas plantean problemas más complicados que los concursos de sociedades, como los derivados de la existencia de bienes inembargables, derechos personalísimos, el deber de prestar o el derecho de percibir alimentos; y los efectos del concurso sobre la persona del deudor, incluyendo la espinosa cuestión de la rehabilitación. En cambio, el concurso de la sociedad presenta un patrimonio que debe ser ejecutado en su totalidad, y un ente social que no es digno, lógicamente, de ninguna consideración humanitaria, ni depositario de valores merecedores de especial protección» (GARRIDO, J. M.<sup>o</sup> op. cit., p. 897).

<sup>53</sup> DUQUE DOMINGUEZ, J. *Reflexiones sobre la crisis económica de la empresa*, op. cit., p. 103.

<sup>54</sup> Esta doctrina objetivista fue defendida por SEGNI tras la Ley de quiebras italiana de 1942. Esta autor apoyándose en el gran relieve que el Código civil italiano dió al concepto de empresa, afirmó que la quiebra afecta a la empresa y no al empresario, del mismo modo que la ejecución afecta no a la persona sino a los bienes (V. SEGNI, A. *Impressioni sulla nuova legge sul fallimento*, «Diritto fallimentare», 1942, p. 88). El patrimonio de la empresa subjetivado para los fines del concurso, permitía superar las dificultades doctrinales para declarar la quiebra del comerciante fallecido, o del que había dejado de serlo o en los casos de sucesión de empresa (V. SAGRERA TIZON, J. M.<sup>o</sup> *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Barcelona, 1975, p. 111 y ss). SATTI critica esta postura que llevaría a «reducir el mundo del derecho a un mundo sin gente» y defiende que «ante todo se puede afirmar con tranquila certeza que la quiebra presupone el sujeto y hasta es la más drástica aventura que el sujeto puede correr» (SATTI, S. *Los sujetos de la quiebra*, en «Soliloquios y coloquios de un jurista», Buenos Aires, 1968, pp. 99 y ss.).

<sup>55</sup> V. MONTES REYES, A. *Notas en torno a la problemática de la fusión de sociedades y otras figuras afines en la quiebra*, R.D.Proc.1976, p. 715 y ss.; PRAT I RUBI, J. *Intervención de la persona jurídica en el juicio de quiebra*, Barcelona, 1985.

## 2. Criterio legal

### 2.1. EL CRITERIO DE LA FORMA MERCANTIL

El artículo 1 del Código de Comercio de 1885 regula en el párrafo 2.º el criterio legal de atribución del carácter de comerciante en el caso de las sociedades. Este criterio consiste en la constitución con arreglo al Código de Comercio.

Este requisito se ha interpretado en un doble sentido: para un sector doctrinal consistiría en la adopción de una de las formas o tipos mercantiles: *Colectivas*, con responsabilidad solidaria e ilimitada para sus socios (arts. 122.1 y 125 y ss. CCom); *Comanditarias*, con responsabilidad solidaria e ilimitada sólo para los socios colectivos y limitada para los comanditarios (arts. 122.2 y 145 y ss. CCom); *Anónimas*, con responsabilidad limitada a las aportaciones dinerarias de los socios, según RD legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; *Limitadas o de responsabilidad limitada*, desarrolladas en la Ley 2/1995, de 23 de marzo; Y en general, de cualquier otra forma y bajo toda suerte de condiciones y combinaciones lícitas y honestas, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código de Comercio (art. 117 CCom).

Una segunda dirección considera que la mercantilidad deriva del cumplimiento de las formalidades de constitución por parte de las sociedades consistentes en: 1.º Que hagan constar su constitución, pactos y condiciones en escritura pública (art. 119) y, 2.º Que dicha escritura se inscriba en el Registro Mercantil (arts. 17 y 119).

A nuestro juicio, ninguno de estos criterios es satisfactorio: en nuestro Derecho el criterio de la forma sólo implica la mercantilidad en el caso de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 3 LSA y art. 3 LSRL), pero no cuando se trata de una colectiva o comanditaria<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> GIRON TENA lo expresa con claridad al afirmar que «esta mercantilidad por razón de la forma o tipo supone que se pueda elegir libremente entre adoptar o no el tipo de Sociedad anónima o de limitada, pero, una vez que se adopta esta figura, la sociedad es 'mercantil' sin necesidad de investigar a qué fin se dedica. Y ha de entenderse que la mercantilidad afecta tanto al *status*, como sujeto mercantil —es decir, al *status* de comerciante—, como al régimen de su organización jurídica. Por tanto, los problemas tradicionales de nuestra doctrina, alrededor de la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, quedan ceñidos a las que adopten otros tipos que no sean el de Sociedad anónima o el de Sociedad de responsabilidad limitada» (GIRON TENA, J. *Derecho de Sociedades*, I, op. cit., p. 170).

Por otro lado, esta afirmación es fácilmente deducible del artículo 1670 CC según el cual «las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código». Estas sociedades civiles que adoptan la forma de colectiva o comanditaria no varían su naturaleza, que seguirá siendo civil<sup>57</sup>.

Pero lo que es más importante, defender el criterio de la forma supondría no reconocer el carácter de empresario, y por tanto no aplicar su *status*, a las sociedades que no se acojan a las formas o tipos del Código. De este modo el conjunto de normas que integran este status y que han sido establecidas en garantía de los terceros y del tráfico mercantil, siendo por tanto normas imperativas, quedarían al arbitrio de las partes; bastaría no acogerse a los tipos del Código de Comercio para evitar la quiebra, o la obligación de llevar contabilidad, etc.

No parece que esta conclusión se adecúe a la finalidad de las normas mercantiles.

## 2.2. EL CRITERIO DE LAS FORMALIDADES DE CONSTITUCIÓN

### a) *En general*

El segundo criterio, el de las formalidades de constitución, a nuestro juicio, también ha de rechazarse; es cierto que el otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil son requisitos comunes obligatorios para todo tipo de sociedades

---

<sup>57</sup> La doctrina española tradicional considera que la adopción de la forma mercantil no cambia la naturaleza civil de las mismas; V. GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, *J. Curso de Derecho Mercantil*, II, op. cit., p. 537; VICENTE Y GELLA, *A. Curso de Derecho Mercantil Comparado*, II, Zaragoza, 1960, p. 539. CASTAN TOBEÑAS, *J. Alrededor de la distinción entre las sociedades civiles y las comerciales*, Madrid, 1929, p. 31, y MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil Comentado*, Madrid, 1912, XXV, n.º 380. En contra URÍA defendió que «la forma debe reputarse en esta materia, como en tantas otras, decisiva para la determinación del régimen legal aplicable. No se olvide que la forma juega siempre un papel trascendental en toda la vida de la sociedad, y que no se elige nunca a capricho, sino en función de la finalidad y de los propósitos que persiguen las personas al asociarse. Aun admitiendo que en determinados supuestos concretos sea posible determinar la naturaleza civil de los actos u operaciones que constituyen el objeto de una sociedad, la forma mercantil asumida por ésta la aproximará en forma tal a una verdadera sociedad de comercio, que lejos de existir peligro alguno en someterla al régimen de quiebra, parece una exigencia natural y lógica de la comercialización formal de la entidad» (URÍA, *R. Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades*, R.D.M. 1946, p. 13).

mercantiles (art. 119 CCom). Sin embargo, estos requisitos no son los que otorgan a las sociedades el carácter de mercantil, por lo que su incumplimiento no traslada a la sociedad del ámbito mercantil al civil<sup>58</sup>.

Las sociedades que incumplen estos requisitos se denominan irregulares; y las consecuencias del incumplimiento van a ser distintas según el tipo de sociedad que consideremos porque sólo para las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitadas tienen carácter constitutivo.

En efecto, mientras que el artículo 116 CCom prevé, con carácter general, que el contrato de compañía por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código, añadiendo en su párrafo 2.º que una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos; para las sociedades anónimas, el artículo 7.º LSA establece que la sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la S.A., su personalidad jurídica, y en forma semejante el artículo 5 LSRL dispone que la S.L. se constituirá mediante escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil y desde ese momento tendrá personalidad jurídica.

Por tanto, las colectivas existen como tales con independencia de la escritura e inscripción en el Registro Mercantil. No sucede así en la S.A. y S.R.L. en las que, de no cumplirse estos requisitos, no tendrán existencia jurídica como tales.

El distinto tratamiento está perfectamente justificado; no todos los tipos, dentro de la clase de los mercantiles, ofrecen las mismas garantías de seguridad al tráfico. La sociedad colectiva incorpora un refuerzo de garantías respecto al Derecho común como es la solidaridad en la responsabilidad, tradicional en el Derecho mercantil. Los otros tipos representan una excepción privilegiada respecto a la regla general de ilimitación de responsabilidad del Derecho común.

---

<sup>58</sup> Como con acierto ha señalado GIRON TENA «el criterio de las formalidades atenta a la política jurídica doblemente: permite la actividad mercantil del tipo civil eliminando el rigor mercantil y deja a la voluntad de los intervinientes la mercantilidad ya que les basta con no inscribirse» (GIRON TENA, J. *Derecho*, op. cit., p. 192).

Al respecto, obstaculizar la subsunción de una figura societaria bajo la colectiva es obstruir la acción de las garantías de seguridad del tráfico. El nacimiento de la sociedad bajo los otros tipos, en cambio, debe ir acompañada de las garantías correspondientes a su riesgo —homologación y publicidad legales— (la comanditaria ocupa una posición mixta)<sup>59</sup>.

En consecuencia, no tiene sentido hacer «constitutiva» la inscripción de colectivas porque esto perjudicaría a los terceros ya que, si la sociedad no existe, se excluyen las garantías que están en el tratamiento de las relaciones «externas» con responsabilidad ilimitada y solidaria, así como representación típica<sup>60</sup>.

Sin embargo, en cuanto a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, de las respectivas leyes se deduce que no hay sociedad de estos tipos sin escritura e inscripción; pero ello no significa que no exista la sociedad ni que el *status* de comerciante no se aplique. Por el contrario, nos encontramos ante una sociedad denominada irregular.

#### b) *En particular, las sociedades irregulares*

En efecto, la sociedad irregular es una sociedad publicada, pero no inscrita. Contrariamente a lo que tiende a sugerir la falta de

---

<sup>59</sup> GIRÓN TENA lo expresa con gran acierto al defender que «desde el punto de vista de lo que se llama 'perjuicio de tercero' en aquellos tipos de sociedad en los que hay comunicación del patrimonio del ente con los de los socios y solidaridad, es contradictorio con el fin de la publicidad que esos efectos de garantía dependan de la inscripción: no es un bien para terceros, sino, lo contrario, impedir que una sociedad pueda ser colectiva sin inscripción. Por el contrario, en los casos en que no hay más garantía para los acreedores que el patrimonio que se haya constituido como social, es cuando la homologación e investigación del Registrador son protecciones fundamentales, y la inscripción debe ser 'constitutiva'. La necesidad y la tradición de seguridad y rigor del Derecho mercantil afloran justamente en los caracteres de la Sociedad Colectiva. De aquí su función de sociedad general'; la sociedad dedicada al tráfico mercantil debe encontrar sin más un tipo riguroso en el que sumirse. Para evitar aquellos rigores mediante la adopción de otro tipo social, hay que sustituirlos por garantías que se examinan en el momento de la inscripción» (GIRON TENA, J., op. cit., p. 238).

<sup>60</sup> En este sentido, afirma DE LA OLIVA que «cuando un contrato de sociedad mercantil no se formaliza en escritura pública y no se inscribe en el Registro Mercantil, no surge, es indudable una nueva titularidad de los bienes y derechos puestas en fondo común. Esto quiere decir que los aportantes son titulares de los bienes (...). Al faltar la personificación, los socios no pueden pretender que su responsabilidad patrimonial personal e ilimitada tenga el carácter de subsidiaria. Aunque hay unión de personas que puede obligarse y comprometer la masa de bienes (...) parece claro que los socios no pueden prevalerse de una responsabilidad de segundo grado frente a los acreedores sociales» (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Problemas procesales básicos de la sociedad irregular mercantil*, Pamplona, 1971, p. 76). En el mismo sentido, PRAT I RUBI, J. *Intervención de la persona jurídica*, op. cit., 205.

inscripción registral, no se trata de una sociedad secreta, no conocida, sino justamente de lo opuesto; de una sociedad que se ha dado a conocer, sólo que a través de una publicidad no legal.

El tema de la sociedad irregular es sustancialmente un problema de relaciones entre publicidad legal y publicidad de hecho voluntaria. Antes de las vigentes leyes de S.A. y S.R.L. entendía la doctrina y la jurisprudencia que las sociedades irregulares carecían de personalidad jurídica al realizar una interpretación a *contrario sensu*, poco afortunada, del artículo 116 CCom se le hacía decir al Código lo que éste no había formulado al entender que las sociedades no constituidas con observancia de escritura e inscripción no tienen personalidad jurídica<sup>61</sup>.

Sin embargo, a partir del año 50 cambia la corriente entre los autores y se defiende la necesidad de admitir la eficacia de las relaciones jurídicas con terceros perfeccionados por las sociedades irregulares.

Por su parte, también la jurisprudencia manifiesta la validez de las sociedades irregulares al margen de escritura e inscripción (SSTS 15 octubre 1940; 14 febrero 1945; 23 marzo 1954; 12 mayo 1959; 7 octubre 1961; 22 marzo 1962; 9 junio 1969 y 12 febrero 1971).

Actualmente, en estos supuestos de sociedad no inscrita, dispone el artículo 16.2 LSA que si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicará las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil, según el objeto. Esta regulación es consecuencia de adaptar la legislación mercantil española a las Directivas de la Unión Europea en materia de sociedades, dando flexibilidad a la forma adoptada y primando el objeto de la misma.

Por otro lado, hay otro argumento que apoya la inutilidad del criterio de las «formalidades de constitución» para otorgar el carácter de comerciante a una sociedad y consiste en que no existen sociedades civiles irregulares porque no están obligadas a la inscripción; por tanto el carácter mercantil de la sociedad es previo a

<sup>61</sup> En este supuesto, entendía URÍA que «nos inclinamos, en el Derecho español, a favor de aquella posición que niega la posibilidad de aplicar el sistema o procedimiento de quiebra a las sociedades irregulares fundándose en su falta de personalidad jurídica (...). Si se habla de quiebra de una sociedad irregular habrá que entender que los sujetos pasivos de la misma, cualquiera que sea el tipo de sociedad serán los socios encargados de la gestión social» (URÍA, R. *Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades*, op. cit., p. 19).

la inscripción y nos permite conocer qué sociedades han de inscribirse y cuáles no<sup>62</sup>.

Estos argumentos nos conducen a determinar que el criterio para otorgar el carácter de comerciante a una sociedad no debe independizarse de la actuación en el tráfico mercantil; toda sociedad cuyo objeto sea mercantil ha de estar sometida al status de comerciante; el incumplimiento por estas sociedades de las obligaciones legales referentes a la forma o a los requisitos de constitución no ha de ser premiado con la inaplicación del rigor del Derecho mercantil. Por tanto, la sociedad irregular puede quebrar<sup>63</sup>.

En este sentido entendemos que, en nuestro Derecho, las sociedades con objeto mercantil han de acogerse a alguno de los tipos del Código de Comercio; por tanto, la liberalidad tipológica que el legislador de 1885 puso de manifiesto en la Exposición de Motivos y en los artículos 122 CCom —al decir «por regla general»— y 117 que afirma que «el contrato de compañía será válido cualquiera que sea su forma» hay que entenderla sustituida por la defensa de la tipicidad de las formas mercantiles.

En caso contrario, «de no ajustarnos a la tipicidad, se podría hacer caer la totalidad del edificio legislativo: se trata de que para el tráfico mercantil no se permitan sino los tipos previstos para ello, pues esta es la justificación histórica y actual de los mismos, que ha de entenderse regla y lo contrario, excepción. La atipicidad ha de limitarse a la desviación de pactos respecto de un tipo siempre que no afecte a lo que este tipo caracterice y de que se respeten los preceptos de *ius cogens*. De otra manera no tendría sentido ni el rigor genérico de la Colectiva ni el rigor de configuración legal de una Sociedad Anónima o de la parte patrimonial de una sociedad de responsabilidad limitada, con la garantía de la homologación registral.

---

<sup>62</sup> GIRON TENA lo expone en estos términos: «el concepto de sociedad irregular en nuestro derecho ha de referirse a sociedades de los tipos mercantiles que actúen en el tráfico como sociedades que no se hayan inscrito y que no sean S.A. ni S.R.L. Que tiene que tratarse de tipos mercantiles o, más generalmente, de sociedades de objeto mercantil, está claro, ya que para las civiles no hay exigencia de inscripción. Es necesario que hayan actuado como sociedades porque sin esa exteriorización de hecho, el concepto sería distinto; el 'de Sociedad interna'. El problema de las sociedades irregulares esta centrado en un contraste entre publicidad de hecho y publicidad legal». Y, al respecto, concluye el citado autor, que «los requisitos de escritura pública e inscripción no son adecuados para ayudar a la diferenciación entre sociedades civiles y mercantiles, porque necesariamente operan después de que se sabe que una sociedad es mercantil» (GIRON TENA, *J. Sociedades civiles y sociedades mercantiles*, op. cit., p. 57).

<sup>63</sup> Al respecto, V. VALPUESTA GASTAMINZA, E. *Aspectos concursales en la sociedad irregular*, R. D. Proc. 1997, 1, pp. 157 y s s.

Permitir que una sociedad que pretendiera dedicarse al comercio pidiera su registro en el Mercantil bajo el tipo de sociedad civil produciría, una contradicción con el fundamento histórico y político de la especialidad mercantil»<sup>64</sup>.

Por otra parte, es bien conocido el principio de que las formas jurídicas eficaces en el tráfico privado mercantil resultan imponibles a menudo a los acreedores y aplicando este principio surge una consecuencia inmediata como es que el Derecho de quiebras prescinde de las formas cuando éstas se utilizan para defraudar a los acreedores»<sup>65</sup>.

### 2.3. EL CRITERIO DEL OBJETO MERCANTIL

Por todos los argumentos expuestos hasta el momento, podemos concluir que para la «mercantilidad» se precisa la dedicación al tráfico mercantil. Debe respetarse la nota histórica —comerciantes en su tráfico mercantil— si se quiere ser fiel a lo que la tradición del criterio de la mercantilidad significa.

Por tanto, es necesario prescindir del prejuicio antimercantilista; el estatuto del comerciante es una garantía para los terceros y no un privilegio. Debe, por tanto, ser aplicado cuando se cumplan los criterios objetivos que justifican la misma existencia del Derecho mercantil y su rigor, con respecto al Derecho civil.

En consecuencia, el carácter de comerciante social ha de ser predicado de las sociedades que adopten la forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada cualquiera que sea su objeto, así como de las sociedades que actúen con habitualidad en el tráfico mercantil.

El criterio vendría a ser el mismo que el modificado por el legislador de 1878 para el caso del comerciante individual. Esta re-

<sup>64</sup> GIRON TENA, J. *Derecho de Sociedades*, op. cit., p. 80.

<sup>65</sup> CARRERAS LLANSANA alude a este principio al enjuiciar la actuación de la sociedad quebrada *Barcelona Traction*. Esta sociedad «a lo largo de su historia, y abusando de las formas jurídicas, intentó siempre realizar sus negocios en España bajo apariencia de total desconexión con el sistema jurídico español, para, de este modo, defraudar las leyes españolas en materia fiscal, de concesiones administrativas, jurisdiccionales y simplemente mercantiles. Bajo estas formas, pudo pretender la quebrada ante los Tribunales españoles, y el gobierno belga en el litigio internacional, que aquellos Tribunales carecían de jurisdicción (CARRERAS LLANSANA, J. *La jurisdicción de los Tribunales españoles en el caso de «Barcelona Traction»*, en «El caso de la Barcelona Traction ante el Tribunal Internacional de Justicia», Madrid, 1971, p. 206).

forma de 1878, como hemos visto, eludió en el comerciante individual la exigencia de inscripción en la matrícula de su clase para considerarle comerciante ateniéndose, en su lugar, al dato del ejercicio de actos de comercio.

Por tanto, si exigiéramos a las sociedades la inscripción o una forma determinada para adquirir el carácter de comerciante social estaríamos prescindiendo de la finalidad de la reforma de 1878 y permitiendo a las sociedades el fraude a la legislación mercantil<sup>66</sup>.

Por último, que lo importante a la hora de calificar la naturaleza de una sociedad no es la forma que la misma adopte, sino el criterio objetivo derivado de «las operaciones o actividades que tal sociedad ha de desarrollar» lo dice con claridad la STS 21 junio 1983 (R.3647).

Conforme a este criterio, las sociedades para actos de comercio son comerciantes, por tanto, una sociedad que se dedica a actos de comercio se le aplica el status de comerciante. La dedicación de la sociedad a su objeto ha de realizarse, además, de manera habitual puesto que «la sociedad ocasional no sería comerciante»<sup>67</sup>.

Este criterio objetivo está en la línea de la intención del codificador de 1885, aunque los textos legales no lo hayan expresado con exactitud. El codificador, como hemos expuesto con anterioridad, buscó un criterio objetivo que marcara la existencia de una especialidad de conjunto para todo el Derecho mercantil. Este criterio objetivo implica la «mercantilidad» de las distintas figuras y por tanto su sometimiento a las disposiciones del Código de Comercio.

Conforme a esta mercantilidad, la sociedad colectiva funciona como sociedad general mercantil porque el legislador tiene conciencia de que la sociedad colectiva es la sociedad civil para los comerciantes, con sus peculiares notas de garantía reforzada del trá-

---

<sup>66</sup> Como se recordará de lo expuesto en el capítulo anterior, esta reforma tuvo por objeto evitar que los comerciantes de hecho eludieran el rigor de la quiebra y se sometieran al concurso por el sólo dato de no matricularse, lo que les impedía adquirir la condición de comerciantes (art. 1318 LEC; «conforme a lo prevenido en el art. 1 CCom reformado por la Ley de 30 julio 1878, todo comerciante, aunque no se halle inscrito en la matrícula de su clase que se constituya en estado de quiebra, quedará sujeto a los procedimientos que para este caso se establecen en dicho Código y en el presente título, sin que pueda someterse a los ordenados para el concurso de acreedores»).

<sup>67</sup> En opinión de GIRON TENA, quien continúa defendiendo que «las Sociedades ocasionales no suelen presentarse en el tráfico con la configuración de un tipo que requiera normas rigurosas de constitución. El supuesto de sociedades anónimas o ilimitadas para un sólo negocio es más bien de escuela que práctico» (GIRON TENA, *J. Derecho de Sociedades*, I, op. cit., p. 80).

fico comercial que la caracterizaban. Por lo tanto, si una sociedad cualquiera se dedica a actuar en el tráfico mercantil debe facilitársele que sea colectiva, porque esto concuerda con el sentido histórico de esta figura. Desde el punto de vista jurídico, esto se obtiene introduciendo en el concepto, como elemento del mismo, la dedicación al tráfico mercantil, la mercantilidad de su objeto. Es la misma sociedad civil sólo que aplicada al tráfico comercial. Con esto se obtiene que una sociedad al ser calificada de mercantil sea, sin más, colectiva. Mercantil y colectiva son conceptos que se dan simultáneamente si, al tiempo de la constitución de la sociedad, no se produce eficazmente la elección de otro tipo con las garantías que el legislador ha establecido<sup>68</sup>.

En consecuencia, la sociedad nace cuando los intervinientes quieran y determinen la actuación del objeto común, con la común colaboración y bajo la idea de riesgo común o de solidaridad; pero el carácter civil o mercantil de ésta dependerá de su objeto; si su objeto es mercantil será colectiva, si no lo es, la sociedad será civil<sup>69</sup>.

De este modo se impide que la voluntad de los particulares pueda evitar la aplicación del rigor mercantil tradicional actuando en el tráfico mercantil bajo el tipo de sociedad civil, y por tanto sin ajustarse a ese rigor histórico<sup>70</sup>. La jurisprudencia, por su parte, así lo ha interpretado al defender, en doctrina conocida, que las figuras jurídicas son lo que se derive de lo que materialmente se haya convenido por las partes y no aquello que diga el nombre que éstas hayan querido dar arbitrariamente a la relación jurídica de que se trate.

<sup>68</sup> V. GIRON TENA, *J. Derecho de Sociedades*, I, op. cit., p. 67.

<sup>69</sup> Defiende TORRES DE CRUELLS que «las sociedades, tanto civiles como mercantiles (si desarrollan actividades mercantiles) tienen la naturaleza de comerciantes o empresarios, a los efectos de su legitimación para instar y promover proceso de suspensión de pagos. Las mercantiles en una forma absoluta, no sólo en razón de su regulación formal, típicamente mercantil, y de su inscripción necesaria en el Registro, sino por su objeto que es siempre el ejercicio de una actividad de comercio o industria. Y las civiles, si adoptan una de las formas reconocidas en el Código de Comercio (art. 1670 CC) o (aunque no adopten dicha forma) si despliegan una actividad mercantil, es decir, si reiteran con habitualidad (y en nombre propio) la realización de actos de comercio» (TORRES DE CRUELLS, *J. La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957, p. 149).

<sup>70</sup> En este sentido, entiende GIRON TENA que «contradiría a la Historia del Derecho mercantil que las figuras acuñadas en el tráfico mercantil, que incluían el rigor que el tráfico pide, esperarían para aplicarse a que una voluntad electora del mismo lo decidiera. El rigor mercantil debe, por tanto, aplicarse de una manera automática. En este juego automático de conceptos va implícita una finalidad de seguridad jurídica, si así no fuera se eludiría el cumplimiento de las normas de ius cogens que dictara el legislador» (GIRON TENA, *J. op. cit.*, p. 76).

Por lo expuesto entendemos que queda claro que la «mercantilidad» de las sociedades se precisa por la dedicación tráfico mercantil. Hoy está claro que el fin de lucro no identificable con la mercantilidad<sup>71</sup>.

Podemos preguntarnos si las sociedades anónimas o responsabilidad limitada con objeto civil son una excepción a mercantilidad por el objeto. Y respondemos defendiendo constituirían una excepción si entendiéramos «el tráfico mercantil» con el mismo alcance que el Codificador de 1885, en el sentido de «actos de comercio».

Sin embarco, si tenemos en cuenta, como ya hemos señalado, que en la actualidad los actos de comercio han sido sustituidos y que, por tanto la organización de los medios de producción y su funcionamiento determina la mercantilidad, comprenderemos que las anónimas y las limitadas sean comerciantes, o más propiamente empresarios, —con independencia de su objeto— puesto que las sociedades de capitales son personas jurídicas cuya organización implica la idea de empresa<sup>72</sup>.

Esta concepción de la mercantilidad ha sido defendida por ROJO FERNANDEZ RIO cuando se planteó la cuestión relativa a la capacidad de quiebra y suspensión de pagos de las entidades de crédito. El citado autor afirmó que «no es el fin lucrativo el que determina la mercantilidad de un sujeto, ni tampoco la forma jurídica con que se ejercita la actividad —empresario individual, asociación o fundación— sino el modo de ejercicio de la actividad»<sup>73</sup>.

En resumen de lo expuesto podemos concluir que son susceptibles de ser declaradas en quiebra por detentar la cualidad de empresario

---

<sup>71</sup> ROJO FERNANDEZ RIO afirma que «no todos los sujetos mercantiles deben necesariamente perseguir un lucro. Hace tiempo que la finalidad lucrativa ha hecho crisis como característica general de los protagonistas del tráfico» (ROJO FERNANDEZ-RIO, *A. Aspectos civiles y mercantiles*, op. y loc. cit., p. 251). GIRON TENA también se refiere a este criterio y afirma que «hay actividades no mercantiles, lucrativas, verbigracia, las profesionales o agrarias, y mercantiles no lucrativas, por ejemplo S.A., con fin no económico, y respecto de las sociedades en particular, la finalidad de ganancia es elemento del concepto estricto de Sociedad civil» (GIRON TENA, *J. op. cit.*, p. 113).

<sup>72</sup> Afirma GIRON TENA, al respecto, que «en las sociedades de capitales lo que ocurre es que se ha dado la sustitución del concepto del comerciante por el de empresario: es la organización de la empresa lo que decide la calificación de empresario y el sometimiento a un régimen especial» (GIRON TENA, *J. Sociedades civiles y mercantiles en Derecho español*, op. cit., p. 39).

<sup>73</sup> En palabras de ROJO FERNANDEZ-RIO; «lo que precisamente importa es el modo de actuación en y para el mercado de bienes y servicios», y hace referencia a un proceso evolutivo del ámbito del Derecho mercantil (ROJO FERNANDEZ-RIO, *A. Aspectos civiles y mercantiles de las crisis bancarias*, loc. cit., p. 253).

social: a) las sociedades que tuvieren, de forma habitual, por objeto o contenido económico actos mercantiles o industriales. En este caso, carecerá de importancia la forma jurídica adoptada por la sociedad, por ser el objeto social y no la forma, la nota diferenciadora y, b) las que adoptaren, en su constitución, la forma jurídica de anónima o de responsabilidad limitada. En este caso carecerá de importancia el objeto social, ya que, aun siendo éste civil, la Compañía devendrá mercantil por imperativo legal (art. 3 LSA y art. 3 LSRL).

## E. INSTRUMENTACION PROCESAL DEL PRESUPUESTO SUBJETIVO DE LA DECLARACION DE QUIEBRA

### 1. *Acreditación del caracter empresarial: fase de apertura*

La solicitud de quiebra deberá ir acompañada de algún medio que acredite la condición empresarial del deudor<sup>74</sup>. Al exigir la acreditación no nos referimos a la actividad probatoria sino a una simple justificación inicial ante el órgano jurisdiccional que se practica sin sujeción a las reglas del procedimiento probatorio, en especial, sin atenerse al principio de contradicción<sup>75</sup>.

La LEC no regula específicamente este aspecto procesal por lo que entendemos, aplicando la doctrina general, que si el solicitante no aporta esta acreditación el Juez no deberá inadmitir la demanda de quiebra sino que procederá a la fijación de un plazo para que dicha ausencia pueda ser subsanada<sup>76</sup>.

El control del presupuesto subjetivo de la declaración de quiebra en la fase de apertura se realiza de oficio por el Juez porque la

<sup>74</sup> V. HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil* (con GOMEZ ORBANEJA) Madrid, 1976, p. 323 y DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal*, IV, op. cit., p. 398.

<sup>75</sup> V. MONTERO AROCA, J. *El concepto de acreditamiento y su aplicación a la quiebra*, en «Trabajos de Derecho procesal», Barcelona, 1990, p. 21; CORDON MORENO, F. *Suspensión de pagos y quiebra*, op. cit., p. 194.

<sup>76</sup> El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) obliga a interpretar la ley en el sentido más favorable a la efectividad de dicha tutela. Además el artículo 11.3 LOPJ —que desarrolla en esta materia el derecho a la tutela judicial efectiva— establece, como regla general, que los Tribunales resuelvan siempre sobre las pretensiones que les formulen las partes, desestimándolas por defectos formales sólo cuando éstos sean insubsanables o cuando no sean subsanados en el procedimiento establecido. Por otro lado, las SSTC 81/1986 y 97/1986 afirmaron que para declarar la inadmisibilidad, ésta ha de venir expresamente prevista en la ley para el supuesto de que se trate, añadiendo a esta doctrina la STC 57/1984 que incluso cuando la ley haya previsto una causa de inadmisibilidad, su interpretación ha de hacerse con los criterios menos rigoristas posibles.

carencia de la condición mercantil del sujeto pasivo de dicha declaración constituye un vicio esencial determinante de un cambio de procedimiento (art. 240 LOPJ)<sup>77</sup>. Por tanto, el órgano jurisdiccional dictará un auto por el que no admita a trámite la solicitud de quiebra si —transcurrido el plazo de subsanación, en caso de que hubiera sido necesario fijarlo—, no se hubiera acreditado el extremo referido.

Bastará para acreditar el presupuesto subjetivo de la declaración la propia declaración del deudor. En cuanto a la quiebra necesaria el acreedor legítimo podrá servirse de cualquier medio de acreditación admitido por el Derecho.

## 2. Prueba del carácter empresarial: fase de oposición

El carácter comercial del sujeto declarado en quiebra es susceptible de discusión en la fase de oposición —en la que sí se practica una actividad probatoria sobre este presupuesto—, si la misma fuera instada en plazo legal por persona legitimada, tanto en la quiebra solicitada por el deudor como en la instada por acreedor legítimo. Procesalmente, es de gran importancia el tema de la prueba de la condición de comerciante.

Según hemos expuesto, lo decisivo en nuestro Derecho positivo para determinar la calidad de comerciante en un sujeto tanto individual como social, responde al dato real de quien ejercita el comercio con habitualidad, sin requerir de formalidad alguna; autorización gubernativa, inscripción en el registro, pago de impuestos, etc. Aunque estas formalidades puedan constituir un dato que, en el conjunto de las demás pruebas, permitan concluir que el sujeto realiza actos de comercio de modo habitual o profesional<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Cfr. CORDON MORENO, F. *Suspensión de pagos y quiebra*, op. cit., p. 46.

<sup>78</sup> Así lo entiende la SA(T) Barcelona 8 febrero 1982 (R.J.C.1982, p. 638) al defender que «la condición de comerciante en nuestro sistema se basa en la nota de la habitualidad requerida por el artículo 1.1 del CCom, habitualidad que no se acredita por la única vía contemplada en el artículo 3 del referido cuerpo legal, ya que, como declara la antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1986, este artículo no se opone a que por otras pruebas pueda justificarse la ejecución constante de actos de comercio, siendo así la habitualidad reconducida por la generalidad de la doctrina mercantilista a la profesionalidad, excluyendo del concepto de comerciante individual la realización aislada o no constante de actos u operaciones comerciales; que este ejercicio continuado y habitual determina la condición de comerciante sin precisión de formulación alguna: autorización gubernativa, inscripción en el Registro, pago de impuestos, etc, según se desprende de la normativa establecida en los artículos 17 y 18 del Código de Comercio (art. 19 del CCom. actual) y entiende la generalidad de la doctrina científica».

Sin embargo, como hemos podido comprobar, en muchos casos, hay dificultad para determinar cuándo una persona se dedica habitualmente al comercio<sup>79</sup>, lo que imposibilita establecer una regla general sobre el caso y han de ser los Tribunales de justicia los que, dentro de su prudente criterio, determinen cuándo concurre aquella circunstancia. En ocasiones, bastará un solo acto comercial, expreso o tácito, para atribuir a una persona el ejercicio habitual del comercio, mientras que, en otras, ni siquiera numerosos actos mercantiles realizados por una persona, si los mismos se ejercitaron aisladamente, serán bastantes para proclamar aquella habitualidad.

Con el fin de evitar en parte la dificultad inherente a esta cuestión, el Código de Comercio estableció, en su artículo 3, una presunción legal de ejercicio habitual del comercio «desde que la persona que se proponga ejercerlo, anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil».

Con respecto a esta presunción ha defendido el Tribunal Supremo que «tener abierto un establecimiento mercantil y fundar en la cualidad de comerciante la posición social también es suficiente para probar el carácter de comerciante, cuando así se extrae del conjunto de las pruebas» [SSTS 25 abril 1896 (C.L. n.º 215), 18 enero 1904 (C.L. n.º 16) y 14 noviembre 1930 (R. 1256)].

Sin embargo, como también ha reconocido la jurisprudencia, la presunción señalada admite prueba en contrario, como sería por ejemplo, el no haber seguido al «anuncio», determinante de aquella presunción, la realización de verdaderos actos de comercio [STS 17 junio 1883 (C.L. n.º 230); «la circunstancia de anunciarse al público por periódicos, carteles o rótulos permanentes sólo constituye un caso en que se supone el ejercicio habitual del comercio»; en el mismo sentido, STS 19 junio 1896 (C.L. n.º 257) y, entre las Audiencias, SA(T) Palma de Mallorca 8 de febrero de 1982 (R.J.C. 1982, p. 661)]. La STS citada, 19 junio 1896, en concreto afirmó que «el artículo 3.º del Código de Comercio se limita a establecer una pre-

---

<sup>79</sup> Afirma GARRIDO que «existe una zona gris entre el concept de comerciante o empresario y el deudor civil, que, a su vez, puede incluir profesionales de muy distinto tipo. La resulta de la existencia de esta zona gris es la indefinición sobre el procedimiento a seguir en caso de crisis del deudor. A su vez, esta indefinición se traduce en efectos muy negativos, ya que tanto el deudor como los acreedores están expuestos a errar en su apreciación sobre la condición jurídica del deudor y, en consecuencia, el procedimiento judicial aplicable» (GARRIDO, J. M.ª op. y loc. cit., p. 896).

sunción del ejercicio habitual del comercio, presunción que puede destruirse mediante la prueba en contrario, a tenor del artículo 1251 CC».

Por otro lado, la jurisprudencia ha calificado expresamente como cuestión de hecho el problema jurídico relativo a la determinación de la cualidad de comerciante [SSTS 10 mayo 1900 (C.L. n.º 117), 18 enero 1904 (C.L. n.º 16), 16 diciembre 1905 (C.L. n.º 149), 4 julio 1918 (C.L. n.º 10), 10 noviembre 1924 (C.L. n.º 73) y 13 marzo 1936 (R.544)], lo que implica que los Tribunales de instancia son soberanos en la apreciación de esta circunstancia y por lo tanto, que la misma no puede ser impugnada en casación después de la derogación del n.º 4 del artículo 1692 de la LEC (que denunciaba el error en la apreciación de la prueba) por Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

De este modo, conviene tener presente, a los efectos de precisar el alcance jurídico actual del concepto legal de comerciante, no sólo lo expuesto en el Código de Comercio, sino también, y principalmente, la doctrina jurisprudencial relativa a la condición de comerciante individual y social, respectivamente.

En cuanto a la posibilidad de que la afirmación por el propio deudor de su condición de empresario sea suficiente como prueba de la misma, la jurisprudencia ha variado recientemente su criterio con respecto al que venía manteniendo.

En efecto, el Tribunal Supremo entendió que eran «comerciantes los que habían pedido y obtenido la declaración de quiebra, ya que nadie puede ir contra sus propios actos» [STS 25 octubre 1910 (C.L. n.º 35) y, en el mismo sentido STS 24 enero 1983 (R.385)]. Esta última sentencia afirma que «los sujetos que instaron ser declarados en quiebra voluntaria realizaron actos propios acreditativos de la cualidad que ahora pretenden cuestionar, siendo así que adquirió firmeza el auto de declaración de quiebra, a lo que hay que añadir que al ejercitar su pretensión en el sentido antes resaltado quedaron ligados a las consecuencias que de tal pretensión podían derivarse».

Sin embargo, la STS 17 diciembre 1987 (R.6049) introduce la variación señalada en la doctrina de los «actos propios» aplicada a la determinación de la cualidad de comerciante al considerar que «esta doctrina sólo puede aplicarse a la creación, modificación o extinción de algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica de quien los realiza, de forma tal que no pue-

de aplicarse a un status real independiente de una mera manifestación o declaración de voluntad» [con idéntica doctrina, STS 27 abril 1989 (R.3266), que mantuvo la revocación de la declaración de quiebra voluntaria por carecer de la cualidad de comerciante el instante de la misma]. Por tanto, las cosas son lo que son y no lo que pretenda la parte y, en consecuencia, la propia manifestación del deudor sobre su carácter de comerciante no es indiscutible. Por otro lado, tampoco enerva la condición de comerciante un previo procedimiento de quita y espera<sup>80</sup>.

La prueba del carácter no mercantil del deudor en la fase de oposición nos plantea varios interrogantes procesal es en relación a la posibilidad legal de continuar el proceso universal por los cauces del concurso de acreedores. En este sentido, nos preguntamos si el contenido de la sentencia que dicte el Juez, poniendo fin al incidente de oposición, debe reducirse a la revocación de la declaración de quiebra por falta de concurrencia del presupuesto subjetivo de la declaración (art. 1029 CComl829 y 1331 LEC) o puede también declarar en concurso de acreedores al deudor. No encontramos, en sede de quiebra (arts 1318 y ss LEC), regulación específica de esta cuestión; sin embargo, en relación al concurso de acreedores, dispone el artículo 1170 LEC que «cualquier acreedor legítimo podrá oponerse a la declaración de concurso (...) para que se haga en su lugar la declaración de quiebra y se siga el procedimiento establecido por la Ley para las quiebras mercantiles». Conocido el carácter supletorio de las normas del Título XII de la LEC (concurso de acreedores), en relación a las del Título XIII (quiebra) en virtud de lo dispuesto en el artículo 1319 LEC podríamos concluir, en principio, que el Juez —tras valorar la prueba sobre la condición mercantil del deudor y concluir la no concurrencia de la misma— dejará sin efecto la declaración de quiebra dictando, en su lugar la declaración de concurso.

Sin embargo, esta conclusión no nos parece acertada. Ni siquiera entendemos que pueda articularse procesalmente lo dispuesto en el artículo 1170 LEC citado porque, a nuestro juicio, los problemas que plantea son más numerosos y complejos que la economía pro-

<sup>80</sup> En este sentido, se ha pronunciado la SA(T) Barcelona 8 febrero 1982 (R.J.C.1982, p. 661) afirmando que «la propia estructura del expediente preventivo de quita y espera veda asignar a la postura mantenida por los acreedores cualquier significación relevante para hacer entrar en juego el principio de los actos propios en relación a una supuesta admisión tácita de la condición no mercantil del recurrente; sin que tampoco por la vía del silencio como declaración tácita pudiera deducirse una vinculación a sus actos propios de los acreedores asistentes a la Junta, al no existir una carga de manifestación de voluntad».

cesal que pretende. Y como muestra de lo que acabamos de exponer nos preguntamos, por ejemplo, si cabe o no la oposición frente a la declaración de quiebra dictada, en un proceso de concurso de acreedores, en la sentencia que pone fin a la fase de oposición de éste.

Y, en cuanto al supuesto contrario, es decir, la declaración de concurso adoptada en el seno de una oposición a la declaración de quiebra por ausencia del presupuesto subjetivo, nos podemos encontrar con situaciones ilegales como son los casos en los que el acreedor haya solicitado la quiebra del empresario en virtud del artículo 876,2 CCom (sobresimiento general en el pago corriente de las obligaciones) o bien del artículo 877 CCom (fuga del comerciante) en el que no se exige que haya ejecuciones pendientes frente al deudor, por lo que el Juez dictaría una declaración de concurso sin la acreditación ni prueba del presupuesto objetivo de esta resolución judicial (art. 1158, 1 y 2 LEC)<sup>81</sup>.

Por tanto, la posibilidad señalada sólo deberá aceptarse en el caso en el que el acreedor haya fundamentado su solicitud de quiebra en el supuesto legal regulado en el artículo 876,1 CCom (embargo infructuoso). Sin embargo, ni siquiera esta respuesta es válida por ser excesivamente simple ya que el presupuesto objetivo de ambas declaraciones no ha sido regulado de forma idéntica, en coherencia con la diferenciación codificadora entre el *status* de comerciante frente al de el civil.

En concreto nos referimos a la exigencia del legislador común de que haya dos o más ejecuciones pendientes contra un mismo deudor (art. 1158,1°) para que concurra la acreditación del presupuesto objetivo del concurso, mientras que el artículo 876,1 CCom se refiere a un único mandamiento de embargo: además el artículo 1913 CC exige el desequilibrio patrimonial del deudor civil, requisito que el legislador mercantil no regula en ningún caso.

Por tanto, frente a la declaración de quiebra por embargo infructuoso que sustituya a la declaración de concurso por la misma causa debe permitirse la apertura de una fase de oposición en la que el primero quebrado y después concursado pase finalmente a enervar ambas declaraciones judiciales a través de la prueba de su situación de activo patrimonial o de la existencia de una única ejecución pendiente.

---

<sup>81</sup> Sobre el presupuesto objetivo de la declaración de quiebra, V. entre otros, MARCOS GONZALEZ, M. *La declaración formal de quiebra y sus efectos*, Barcelona, 1997, pp. 36 a 210).

En consecuencia, para evitar la indefensión del deudor se debe articular, en estos casos, un proceso concursal con dos fases de oposición seguidas, lo que implica, a nuestro juicio, dos procedimientos, si bien celebrados ante el mismo Juez. Esta complejidad se ve notablemente aumentada si entramos en las consecuencias jurídicas que sobre la persona y el patrimonio del deudor produce cada una de las declaraciones judiciales y su consiguiente modificación en virtud de la estimación de la oposición por la que los efectos de la declaración quiebra (arts.1044 CComl829; 878 y ss CComl885; 1333 y ss LEC) son sustituidos por los efectos de la declaración de concurso de acreedores (arts.1914 y ss CC; 1173 y ss LEC) y, en segundo lugar, la posible modificación de los mismos a través de la estimación del recurso de apelación y posible casación<sup>82</sup>.

#### IV. PROPUESTAS DE REFORMA

##### A. PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL 1995 Y ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL 1983

La Propuesta de Anteproyecto de 1995<sup>83</sup> rompe la categoría «civil mercantil» «defendida por el Derecho español desde las Ordenanzas de Bilbao de 1732» y propone un único procedimiento, prescindiendo del carácter de comerciante del sujeto deudor.

De este modo, «la declaración judicial de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica» (art. 1 PALC).

En el mismo sentido, el ALC 83 fundamentó la reforma concursal en la unidad de disciplina por la que se superaba la diversidad de régimen jurídico según el carácter civil o mercantil del deudor.

En la doctrina moderna predomina la tesis de unificar el tratamiento concursal de los deudores prescindiendo de su carácter mercantil o civil<sup>84</sup>, hasta tal punto que podemos afirmar, con DE

<sup>82</sup> Sobre los efectos de la declaración de quiebra y su ejecución provisional, V. entre otros, MARCOS GONZALEZ, M. op. cit., pp. 231 a 247.

<sup>83</sup> V. *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal*, en «Materiales para la reforma de la legislación concursal», «Boletín de Información, Ministerio de Justicia e Interior», Suplemento al n.º 1768, de 15 de febrero de 1996.

<sup>84</sup> «La atenuación del carácter represivo de la quiebra, junto a la conocida mercantilización del Derecho privado, o generalización del Derecho mercantil, ha eliminado la justificación de la existencia de dos sistemas, con normas muchas veces duplicadas, para el tratamiento de problemas sustancialmente similares. Hoy en día la distinción entre deudor mercantil y deudor civil es, en muchos casos, irrelevante, y las diferencias existentes pueden abordarse mediante normas específicas que se inserten en un sistema común» (GARRIDO, J. M.º op. cit., p. 896).

LA OLIVA y DE LA CUESTA que «es unánime el *consensus* al respecto, la superación del actual dualismo entre quiebra-concurso de acreedores, basado en la diversidad del elemento subjetivo que hoy debiera carecer de la relevancia jurídica que se le atribuye»<sup>85</sup>.

En sintonía con la doctrina unánime, la Base 1 para la elaboración de una propuesta de anteproyecto de ley concursal fija el criterio referente a la «unificación de los procedimientos por razón del presupuesto subjetivo o condición civil o mercantil del deudor común». Al respecto, afirma la Exposición de Motivos, I, que «unidad legal y unidad de disciplina son los dos grandes postulados en que se fundamenta la reforma: unidad legal, de modo tal que una sola Ley regule los aspectos materiales y formales del fenómeno concursal; y unidad de disciplina, con superación de la diversidad de régimen jurídico según el carácter civil o mercantil del deudor».

Por otro lado, la PALC establece una excepción en cuanto al presupuesto subjetivo de la declaración de concurso por la cual «no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos autónomos y demás de Derecho Público».

No podemos más que compartir esta necesidad de unificación de procedimientos sin atender, por tanto, a criterios diferenciales como el carácter de civil o mercantil del sujeto. Sin embargo, entendemos que la unidad de procedimiento puede ser desaconsejada si atendemos al criterio del volumen de negocio del deudor y, en consecuencia, deberían regularse distintos procedimientos en atención al referido criterio<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A. y DE LA CUESTA RUTE, J. *Algunas orientaciones*, op. cit., p. 643.

<sup>86</sup> «No puede persistir, a nuestro juicio, un único procedimiento para ventilar la quiebra del empresario individual, la de las sociedades personalistas, la de las sociedades con limitaciones de responsabilidad, la de las grandes compañías y la de pequeñas sociedades. Entendemos que, como mínimo, la crisis patrimonial concursal de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada ha de encauzarse de forma distinta a la de los comerciantes individuales y a la de todos aquellos entes que no sean S.A. o S.R.L. Y pensamos también que las instituciones concursales, en los casos de empresas pequeñas o medianas, no pueden regularse exactamente igual (o con las mínimas diferencias actuales) a los de empresas grandes o a los de concurrencia numéricamente elevada de acreedores. Los empresarios sociales pequeños y medianos pueden recibir un tratamiento en buena medida similar al que conviene aplicar para el empresario individual» (DE LA OLIVA SANTOS, A. y DE LA CUESTA RUTE, J. *Algunas orientaciones*, op. cit., p. 643).

## B. CONVENIO EUROPEO RELATIVO A LA INSOLVENCIA DE 1995

La materia relativa a los sujetos que pueden quedar afectados de forma pasiva por la declaración de insolvencia se rige, en virtud del artículo 4 del Convenio<sup>87</sup>, por la Ley del Estado de apertura del procedimiento<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> V. VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTIN ALFEREZ, F. J. *Derecho procesal Civil Europeo. Convenios internacionales y otras normas procesales de origen comunitario europeo en materia civil y mercantil, anotados. Informes oficiales de los convenios*, Madrid, 1996.

<sup>88</sup> Con más amplitud, V., entre otros, PAJARDI, P. *Il fallimento nel mondo*, Padova, 1988; MARCOS GONZALEZ, M. *Algunos aspectos internacionales del proceso de quiebra. Derecho vigente y proyectos de reforma*, R.G.D. 1998, pp. 4155 y ss. Y sobre un marco más amplio, V. OLIVENCIA RUIZ, M. *El tema de la insolvencia en la agenda de UNCITRAL*, «Revista de Derecho Bancario y Bursátil» 1996, pp. 411 y ss.

