

Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concurstral

Fernando Cerdá Albero
Ignacio Sancho Gargallo



La modernización de los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos, es decir, de los procesos de solución de las crisis de insolvencia empresarial, se viene discutiendo desde hace años. Ahora parece llegado el momento decisivo, al asumir el Ministerio de Justicia un anteproyecto de Ley Concursal. Este estudio expone en una primera parte las características que concurren en una situación de insolvencia empresarial, es decir, de imposibilidad de hacer frente a los pagos; a partir de ahí, se describen las soluciones legales posibles, haciendo hincapié en las deficiencias del sistema concursal español actual, y además se hace referencia a las soluciones que se han adoptado en otros países europeos. En una segunda parte, se desgrana lo que los autores denominan las claves de la reforma: la unificación de los procedimientos; los requisitos exigibles para admitir a trámite un procedimiento de concurso; los efectos que debe tener la declaración de concurso; los efectos del concurso sobre el deudor; los efectos sobre los créditos; la determinación del patrimonio del deudor; la determinación de qué acreedores tienen derecho a cobrar y en qué orden; la terminación del concurso. La última parte se centra en las conclusiones.



Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal

Fernando Cerdá Albero
Ignacio Sancho Gargallo

Edición electrónica disponible en Internet:
www.estudios.lacaixa.es



CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA

Servicio de Estudios

Av. Diagonal, 629, planta 15, torre I
08028 BARCELONA
Tel. 93 404 76 82
Telefax 93 404 68 92
www.estudios.lacaixa.es
Correo-e: publicacionesestudios@lacaixa.es

La responsabilidad de las opiniones emitidas en los documentos de esta colección corresponde exclusivamente a sus autores. La CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA no se identifica necesariamente con sus opiniones.

© Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona "la Caixa", 2001
© Fernando Cerdá Alberó e Ignacio Sancho Gargallo

ÍNDICE

	PÁG.
PRESENTACIÓN	7
<hr/>	
INTRODUCCIÓN	9
<hr/>	
Primera parte: EL TRATAMIENTO JURÍDICO ACTUAL DE LAS CRISIS EMPRESARIALES EN ESPAÑA. INSOLVENCIA Y SOLUCIONES CONCURSALES	
<hr/>	
I. CRISIS EMPRESARIALES E INSOLVENCIA: SOLUCIONES CONCURSALES	13
1.1. Insolvencia y cesación de pagos	13
1.2. Insolvencia y soluciones concursales	14
1.3. Soluciones especiales para las crisis empresariales	15
1.4. Finalidad de las instituciones concursales	16
<hr/>	
II. EL SISTEMA CONCURSAL ESPAÑOL ACTUAL	21
2.1. Breve exposición del sistema concursal actual: especial consideración de sus deficiencias	21
2.2. La realidad concursal española en los últimos años	34
<hr/>	
III. BREVE REFERENCIA A ALGUNAS REFORMAS CONCURSALES RECIENTES EN NACIONES EUROPEAS. EL DERECHO COMUNITARIO	38
3.1. Alemania	38
3.2. Portugal	42
3.3. Francia	45
3.4. El Reglamento comunitario sobre procedimientos de insolvencia	48

**Segunda parte: CLAVES PARA LA REFORMA
CONCURSAL**

IV. UNIFICACIÓN LEGAL, DE DISCIPLINA Y DE PROCEDIMIENTOS	53
4.1. Unidad legal	53
4.2. Unidad de disciplina	55
4.3. Unidad de procedimiento: la posibilidad de procedimiento simplificado	56
V. PRESUPUESTOS DEL CONCURSO	58
5.1. Presupuesto subjetivo	58
5.2. Presupuesto objetivo	59
5.3. Presupuesto formal: concurso voluntario y concurso necesario	62
5.4. Competencia judicial	64
VI. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y SUS EFECTOS	66
6.1. Declaración de concurso: legitimación para solicitarla	66
6.2. Audiencia previa del deudor	70
6.3. Efectos cautelares de la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario	71
6.4. Publicidad de la declaración de concurso	72
6.5. Revisión de la declaración	73
6.6. La ‘vis atractiva’ del concurso	74
6.7. Efectos de la declaración de concurso sobre el patrimonio del deudor	76
6.8. Efectos de la declaración de concurso sobre el deudor	78
6.9. Efectos de la declaración sobre los créditos y sobre las relaciones bilaterales pendientes de cumplimiento	79

	<u>PÁG.</u>
VII. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA	83
7.1. Determinación de la masa activa	83
7.2. Operaciones de reducción o separación	85
7.3. Operaciones de reintegración	87
VIII. FORMACIÓN DE LA MASA PASIVA	93
8.1. Créditos concursales y créditos contra la masa	93
8.2. Reconocimiento y calificación de créditos	95
8.3. Clasificación de los créditos	97
IX. EL CONVENIO	103
9.1. El convenio concursal: función y problemas que ha de afrontar su regulación legal	103
9.2. La proposición de convenio: momento y sujetos	106
9.3. Contenido de la propuesta de convenio	108
9.4. Aceptación del convenio por los acreedores	110
9.5. Impugnación del convenio	113
9.6. Aprobación judicial: efectos del convenio	114
9.7. Cumplimiento e incumplimiento del convenio	116
X. LIQUIDACIÓN DEL ACTIVO Y PAGO DE LOS CRÉDITOS. TERMINACIÓN DEL CONCURSO	117
10.1. Liquidación de la masa activa	117
10.2. Pago de los créditos	120
10.3. Terminación del concurso	122

	<u>PÁG.</u>
XI. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO	123
11.1. Finalidad de la calificación	123
11.2. Conductas que han de ser consideradas para calificar el concurso	126
11.3. Sujetos a los que alcanza la calificación del concurso	127
11.4. La tramitación de la calificación	127
<hr/>	
Tercera parte: CONCLUSIÓN	
<hr/>	
XII. SÍNTESIS DE LAS PROPUESTAS FORMULADAS	131
<hr/>	
BIBLIOGRAFÍA	136
<hr/>	

Presentación

Cuando una empresa entra en una situación de crisis financiera se encuentra con que no puede hacer frente a sus obligaciones. Los acreedores cuentan en principio con la garantía del patrimonio del deudor, pero este patrimonio puede no ser suficiente o puede suceder que la crisis sea transitoria y que sea mejor pactar una solución que garantice la supervivencia de la empresa. Entonces entran en juego procedimientos concursales como la quiebra o la suspensión de pagos. El ordenamiento jurídico que regula estos procedimientos, sin embargo, se compone de diversos cuerpos normativos dispersos, arcaicos y confusos que a menudo no se corresponden con la realidad económica actual. Es por este motivo que desde hace muchos años se han sucedido varios intentos de reforma que no han llegado a buen puerto. Pero, por fin, en estos momentos existe un anteproyecto que próximamente se discutirá en las Cortes y su aprobación puede marcar un hito en este importante aspecto de la vida económica.

La reforma concursal es un asunto que por su trascendencia es ciertamente controvertido, pero el propósito de este trabajo no es ni comentar el anteproyecto, ni defender ninguna postura específica. Pretendemos simplemente aportar al debate elementos de juicio para entender y valorar adecuadamente la reforma concursal. Sus autores son dos reconocidos especialistas en esta materia, a caballo entre el derecho mercantil y el procesal. Fernando Cerdá es profesor de derecho mercantil en la Universitat Pompeu Fabra e Ignacio Sancho es doctor en derecho y magistrado. Ambos son autores de un reputado manual de derecho concursal de obligada consulta.

Josep M. Carrau

Director del Servicio de Estudios

Barcelona, noviembre de 2001

Introducción

Desde hace mucho tiempo existe la opinión generalizada sobre la necesidad de reformar radicalmente nuestro Derecho Concursal. En la actualidad se ha unido a este común sentir la voluntad política de hacer realidad esta reforma, incluyéndose como uno de los objetivos del Pacto de Estado sobre la Justicia. La Comisión General de Codificación ha elaborado un borrador de Anteproyecto de Ley Concursal que, con ligeros retoques, ha sido asumido por el Ministerio de Justicia. A ello se une la circunstancia de que nos encontramos –al menos por el momento– en una situación económica relativamente favorable: en efecto, las épocas de crisis no son buenos tiempos para discutir sobre la reforma concursal.

El propósito del presente trabajo no es comentar el Anteproyecto (que en algunos aspectos aporta novedades muy significativas y que, en conjunto, nos merece una valoración positiva), sino aportar al debate elementos de juicio acerca de lo que consideramos que pueden ser las **claves para la reforma concursal**.

Con carácter previo al estudio de cada una de estas claves, haremos una exposición de cuál es la situación y el funcionamiento actuales del Derecho Concursal español, ya que el conocimiento de sus deficiencias nos permitirá diagnosticar mejor los puntos que deben ser reformados, con la idea de apuntar su solución. Este estudio preliminar se completa con una ligera ilustración sobre los movimientos de reforma habidos en algunos ordenamientos

concursoales de países de nuestro entorno durante los años noventa, pues algunas de sus soluciones han servido de inspiración para el Anteproyecto.

El análisis de lo que denominamos las «claves para la reforma concursal» no va dirigido exclusivamente a juristas, sino de manera muy especial a todas las personas que operan en el tráfico económico y a quienes, de uno u otro modo, van a participar en el debate sobre la reforma concursal. Esta finalidad ha condicionado el lenguaje empleado en la exposición, que hemos pretendido que sea claro y directo, y la ausencia de manifestaciones innecesarias de erudición jurídica.

Barcelona, 29 de septiembre del 2001

Primera parte

**EL TRATAMIENTO JURÍDICO
ACTUAL DE LAS CRISIS
EMPRESARIALES EN ESPAÑA.
INSOLVENCIA Y SOLUCIONES
CONCURSALES**

I. Crisis empresariales e insolvencia: soluciones concursales

1.1 Insolvencia y cesación de pagos

El cese generalizado en el pago de los créditos, con independencia de la causa del impago, afecta no sólo a una pluralidad de acreedores, cuyos créditos se ven insatisfechos, sino también al propio deudor común y a todos los que están de algún modo vinculados con la empresa (trabajadores, socios, entidades de crédito...).

Dejar de pagar alguna vez o a algún acreedor no genera más efectos que las acciones judiciales reconocidas para cobrar este crédito. La cesación generalizada de los pagos, motivada por la imposibilidad de hacer frente a los mismos, exige que se articule un cauce procedimental en el que se facilite el pago ordenado de los créditos, teniendo en cuenta que, en la mayor parte de los casos, la liquidación del patrimonio del deudor no alcanza para satisfacer todos los créditos.

Tradicionalmente se ha asociado la idea de insolvencia a la de insuficiencia patrimonial, distinguiéndose entre insolvencia e iliquidez. Por insolvencia se ha entendido la situación de déficit patrimonial (pasivo superior al activo); mientras que la iliquidez presupone la suficiencia patrimonial acompañada de falta de medios dinerarios para atender los créditos.

1.2. Insolvencia y soluciones concursales

Una visión muy simplista de las insolvencias empresariales ha llevado a muchos a distinguir las soluciones concursales (quiebra y suspensión de pagos) según que el empresario deudor se encontrara en estado de insolvencia definitiva o en situación de iliquidez.

En el primer caso se reservaba como solución principal para el pago de los créditos la liquidación ordenada del patrimonio del deudor: es la situación de quiebra, tradicionalmente considerada en nuestro Derecho codificado.

En cambio, para atender a situaciones de mera iliquidez, por considerarla meramente temporal, también se advirtió la posibilidad de articular un convenio o acuerdo entre el deudor y sus acreedores, para facilitar el pago de los créditos, aprobando una simple espera, una quita, o ambas cosas a la vez. Esta solución se asocia a la suspensión de pagos.

Sin embargo, esta aproximación no responde a nuestra realidad legal. Por una parte, el Código de Comercio no prevé como presupuesto de la quiebra la situación de insuficiencia patrimonial, sino la cesación generalizada en los pagos, sin perjuicio de que normalmente esta cesación venga motivada por el déficit patrimonial. De otra parte, la Ley de Suspensión de Pagos permite acogerse a este beneficio legal también al empresario que se encuentre en situación de desbalance, y no sólo al que padece una situación de iliquidez. Esta Ley se aprobó en 1922 con carácter provisional para evitar la quiebra del Banco de Barcelona, permitiendo una solución concordataria que eludiera la liquidación.

Además, la jurisprudencia se ha encargado de resaltar que, aunque la finalidad esencial de la quiebra es la liquidación, la ley permite eludir ésta a través de un convenio entre el quebrado y sus acreedores una vez cumplidos los requisitos legales. Por ello la quiebra, que inicialmente tiende a la liquidación, también puede concluir con un convenio de continuidad. Paralelamente la suspensión de pagos tiene como finalidad primordial alcanzar un convenio entre el suspenso y sus acreedores, para arbitrar el pago de los créditos. Pero este convenio no necesariamente debe procurar la continuidad de la empresa, sino que –al no estar prohibido– la práctica también conoce con-

venios de liquidación. Así las cosas, se llega a la paradoja de que a través de la quiebra puede mantenerse la empresa, y mediante la suspensión de pagos se puede liquidar.

1.3 Soluciones especiales para las crisis empresariales

Este marco normativo ha resultado insatisfactorio para abordar las crisis empresariales de sectores con gran trascendencia en la actividad económica. Así ocurrió ya en el siglo XIX, ante las crisis de las nacientes empresas de ferrocarriles, y en nuestros días –fundamentalmente– también sucede en el mercado financiero (crédito, seguros, y mercado de valores).

La normativa concursal especial empezó con el régimen previsto para la suspensión de pagos y quiebras de compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas.⁽¹⁾ También se inserta en esta normativa especial la relativa a incautación e intervención estatal de empresas⁽²⁾ y, originariamente, el régimen de administración judicial de empresas embargadas.⁽³⁾ Más cercanas a nuestros días, participan de esta consideración como soluciones especiales las introducidas con la legislación sobre reconversión industrial.⁽⁴⁾

A finales de los años setenta, y después de asistir a algunos episodios concursales sonados (entre ellos, la quiebra de la Caja Popular de Crédito y Ahorro de Cataluña, la suspensión de pagos y posterior quiebra del Banco de los Pirineos), el Estado advirtió la necesidad de garantizar los intereses concurrentes de los impositores y del propio sistema financiero, arbitrando procedimientos que garantizaran en caso de crisis la devolución –aunque limitada– de las imposiciones: para este fin se constituyeron los Fondos de Garantía de Depósitos (en bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito).⁽⁵⁾ Además, se posibilitó la intervención de las entidades de crédito por el

(1) Esta normativa se remonta a la Ley de 12-XI-1869.

(2) Ley de 1-IX-1939.

(3) A raíz del «caso Matesa», este régimen fue establecido por el Decreto Ley de 20-X-1969. Este Decreto Ley ha sido derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7-I-2000, que regula el vigente régimen de la administración judicial de empresas o grupos de empresas embargadas (artículos 630 a 633).

(4) Real Decreto-Ley de 30-XI-1983, y Ley de 26-VII-1984.

(5) El régimen de los fondos de garantía de depósitos se regula actualmente en el Real Decreto de 20-XII-1996.

Banco de España.⁽⁶⁾ El caso más conocido es la intervención de Banesto en el que, a pesar de reunir los presupuestos que hubieran podido desencadenar su quiebra, el Banco de España optó por la intervención.

Otro sector en el que las crisis de las compañías alcanzan a una multiplicidad de economías es el del mercado asegurador. Cuando, en los años ochenta, la crisis afectó a las entidades aseguradoras (principalmente las de pequeña dimensión) se instrumentó un procedimiento que permitiera garantizar –también con alcance limitado– la cobertura de los riesgos asumidos por las entidades aseguradoras insolventes. A esta finalidad responde el Consorcio de Compensación de Seguros. Al mismo tiempo se fue conformando lo que actualmente se conoce como la CLEA (Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras), a la cual se puede encomendar la liquidación de la compañía, sin que en estos casos sea preceptivo acudir a la suspensión de pagos o a la quiebra.⁽⁷⁾

Por último, más recientemente, se ha organizado para las empresas de servicios de inversión un sistema similar al de las entidades de crédito: el Fondo de Garantía de Inversiones, cuya finalidad es indemnizar a los inversores en el caso de insolvencia de alguna de estas empresas.⁽⁸⁾

1.4. Finalidad de las instituciones concursales

Llegados a este punto, hemos de cuestionarnos cuál es la finalidad que deben perseguir las instituciones concursales.

1. Históricamente ha prevalecido la idea originaria de proteger a los acreedores y garantizar el cobro de sus créditos, aun a costa del patrimonio del deudor insolvente. De este modo se ha extendido el modelo de la ejecución individual a la ejecución universal. Esto es: la quiebra supondría una ejecución ordenada del patrimonio del deudor común que permitiera la satisfacción de los créditos de acuerdo con el orden legal, que en un principio estaría marcado por la igualdad de trato (*par condicio creditorum*), pero que con el

(6) En virtud de los artículos 31 a 38 de la Ley de 29-VII-1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.

(7) Artículos 26 a 37 de la Ley de 8-XI-1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

(8) Previsto en el artículo 77 de la Ley de 16-XI-1998, de reforma de la Ley del Mercado de Valores.

paso del tiempo ha dado lugar a una proliferación de privilegios que determinan preferencias en el cobro de unos créditos sobre otros. Bajo esta perspectiva, prima el interés de los acreedores sobre la subsistencia de la empresa.

Desde una consideración estrictamente liberal, la vitalidad del mercado y el libre juego de la competencia entre las empresas que participan en el mismo traen como lógica consecuencia que surjan nuevas empresas, que otras crezcan, que algunas pierdan y que otras desaparezcan.

Según esta concepción, el Derecho Concursal debe intentar evitar que las crisis de unas empresas arrastren a otras (que es lo que puede ocurrir como consecuencia de la cesación generalizada de los pagos, no advertida a tiempo) y ha de ordenar el procedimiento para el cobro de los créditos, facilitando soluciones concordatarias o preservando una correcta liquidación de la empresa.

2. Desde otra perspectiva, a partir del período de entreguerras se asiste en Europa a una mayor sensibilización hacia la conservación empresarial, a fin de proteger todos los intereses (y no sólo el de los acreedores) que concurren en ella: la conservación de los puestos de trabajo, el mantenimiento de la organización y de la actividad empresarial.

Surgen así remedios normativos que van desde la prevalencia de las soluciones concordatarias frente a las liquidatorias, a otras de acusado intervencionismo público. A través de unas u otras se busca, a toda costa, la continuidad de la empresa. Ello exige sacrificios a los acreedores que, en el primer caso, se supeditan al consenso mayoritario de los mismos y, en el segundo, se les imponen.

En nuestro país, las medidas de intervención pública se ciñen básicamente a las crisis de las empresas financieras (a las que ya nos hemos referido), aunque también se han aplicado a situaciones coyunturales (como fue la reconversión industrial de los años ochenta). En algunos países la intervención pública se llegó a extender a la generalidad de sectores empresariales durante la crisis de los años setenta. Todo esto contribuyó a que, entre finales de los setenta y principios de los ochenta, se generase una opinión doctrinal mayoritaria a favor de las medidas de conservación empresarial (que en nuestro caso se plasmó en la propuesta de reforma concursal del Anteproyecto de 1983).

Pero, sin duda, la vía por la que se ha generalizado el mantenimiento de empresas en crisis ha sido el convenio concursal pactado entre el empresario insolvente y la mayoría cualificada de sus acreedores. Nuestra Ley de Suspensión de Pagos de 1922, con la vista puesta en la conservación de las empresas, persigue directamente la consecución de un convenio al que se pueda acoger cualquier empresario insolvente, sea cual fuere su situación económica, y sin establecer limitaciones a su contenido. Además, esta idea de la conservación empresarial ha presidido la interpretación de las instituciones concursales actuales, y así, por ejemplo, la jurisprudencia ha venido dando preferencia a la suspensión de pagos sobre la quiebra, en caso de concurrir estos procedimientos.⁽⁹⁾

3. Con ello, a la hora de diseñar una reforma concursal, se plantea el dilema de primar, por una parte, el interés de los acreedores a la satisfacción de sus créditos (a costa del patrimonio del deudor) o, por otra, la conservación de la empresa de éste.

El panorama económico actual y las normas del mercado condicionan la opción legislativa. De tal modo que, salvo que concurren razones excepcionales, no se justifica una intervención estatal en beneficio de unos intereses económicos particulares del empresario (o, si se organiza de forma colectiva, de sus socios).

En nuestra opinión, la **finalidad** primordial del procedimiento concursal es la satisfacción colectiva de los acreedores de un deudor insolvente. Este objetivo puede alcanzarse con la liquidación del patrimonio del deudor (para, con su producto, pagar los créditos) o a través de un convenio que permita la continuación de la empresa.

Sería conveniente, pues, que la futura Ley Concursal tuviera como pórtico de su articulado una norma en la que expresamente se indicara cuál es la finalidad del concurso. Así se hacía en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1959 (art. 1): «El concurso tiene por objeto dar satisfacción a los acreedores en los casos de insolvencia del deudor común». Y así se hace en algunos

(9) La corriente mayoritaria se recoge en las sentencias del Tribunal Supremo de 3-VII-1933, 26-XI-1976, 5-VII-1985, 27-II-1995.

textos recientes de Derecho Comparado: paradigmáticamente en Alemania⁽¹⁰⁾ y, aunque en términos más descriptivos, en Méjico.⁽¹¹⁾

Consecuentemente con la finalidad apuntada, el **interés** que debe primar es el de los acreedores al cobro ordenado de sus créditos. A los acreedores no se les puede privar de decidir la liquidación del patrimonio del deudor, y también es necesario contar con el consenso de los acreedores para optar por un convenio de continuidad que permita la recuperación de la empresa.

4. Atendiendo a este interés, han de concretarse las **vías** para su realización, a las que acabamos de referirnos: la liquidación y el convenio.

En interés de los acreedores y del propio deudor, la liquidación de su patrimonio ha de posibilitar que se obtenga el máximo valor del mismo. Ello implica, por una parte, flexibilizar las fórmulas que pueden utilizarse en la liquidación. Liquidar la empresa es convertirla en dinero, pero ello no necesariamente tiene que hacerse vendiendo separadamente cada uno de los activos. En ocasiones, es preferible transmitir la empresa a un tercero. Por otra parte, y para evitar la depreciación de los activos, la liquidación no puede dilatarse en el tiempo.

Pero el pago de los acreedores no es incompatible con la conservación de la empresa. Cuando el deudor plantea un convenio a sus acreedores, naturalmente ello va a implicar sacrificios patrimoniales para éstos. De aquí derivan varias consecuencias.

Por una parte, justo será que el deudor corresponda a los sacrificios que pide, ofreciendo expectativas razonables de la viabilidad de su empresa.

(10) El § 1 de la *Insolvenzordnung* alemana de 5-X-1994, bajo la rúbrica «Objetivos del procedimiento de insolvencia», señala: «El procedimiento de insolvencia sirve para satisfacer colectivamente a los acreedores de un deudor, mediante la liquidación de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o alcanzando una regulación diferente especialmente dirigida al mantenimiento de la empresa y contenida en un plan de insolvencia. Al deudor honesto se le concederá la oportunidad de liberarse de sus obligaciones que resten insatisfechas» (la traducción es nuestra).

(11) La *Ley de Concursos Mercantiles* mejicana, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12-V-2000, dedica a esta cuestión sus tres primeros artículos. El art. 1 indica que «la presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil. Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios». Y al hilo de las dos etapas sucesivas (conciliación y quiebra: art. 2) de que consta el concurso mercantil, el art. 3 señala: «La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del comerciante mediante el convenio que suscriba con sus acreedores reconocidos. La finalidad de la quiebra es la venta de la empresa del comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago a los acreedores reconocidos».

El control de esta viabilidad ha de confiarse primeramente al juez, quien puede auxiliarse de expertos, y en segundo lugar a los propios acreedores, a los que el deudor habrá de convencer sobre la bondad del convenio.

De otra parte, estos sacrificios han de afectar a todos los acreedores (salvo a aquellos que gocen del derecho de ejecución separada). Ello supone reducir la maraña de privilegios actualmente existentes, y concretamente el que se refiere al derecho de abstención, que sólo se debe justificar por la existencia de una garantía real que legitime la ejecución del bien al margen del procedimiento concursal. Fuera de estos casos, los efectos del convenio deben extenderse a todos los acreedores.

En tercer lugar, y para evitar actuales abusos, la ley debe determinar cuáles son los posibles sacrificios que cabe pedir a los acreedores. Ello supone especificar los límites tolerables de tales sacrificios. Por ejemplo, si cabe, además de la espera, proponer una quita, y en qué medida.

Bajo estas premisas, la ley debe estimular la consecución del convenio, aliviando en el orden fiscal las consecuencias que deriven del mismo, y favoreciendo su tratamiento contable.

En este marco, lejos de un intervencionismo estatal generalizado, ha de considerarse una normativa que permita la conservación de empresas.

Cualquiera que sea la solución que se adopte (la liquidación o el convenio), se ha de encauzar a través de un procedimiento sencillo, ágil y eficaz, sin que, en ningún caso, la solución concursal sea traumática ni dé pie a conductas oportunistas. Más allá del trauma que lleva consigo la propia crisis y la eventual extinción empresarial, debe evitarse que el procedimiento añada otras consecuencias perniciosas, como son las que derivan de la excesiva dilación en el tiempo, o las interdicciones legales a veces injustificadas.

II. El sistema concursal español actual

2.1. Breve exposición del sistema concursal actual: especial consideración de sus deficiencias

2.1.1. La dualidad de procedimientos concursales, según que el deudor reúna o no la condición de empresario

A la hora de aplicar una solución concursal a un deudor insolvente, el sistema normativo español sigue distinguiendo en función de que el deudor sea comerciante o no. En el caso del deudor comerciante (en el que vamos a centrarnos) puede optarse por la quiebra o por la suspensión de pagos, mientras que si el deudor no reúne dicha condición se le aplican el concurso de acreedores o la quita y espera.

El modelo originario del siglo XIX obedecía a un tratamiento paralelo de las situaciones de crisis económica del deudor común. Por una parte, la quiebra y el concurso de acreedores respondían a una situación de insuficiencia patrimonial, que se solventaba a través de la solución liquidatoria. De otro lado, el procedimiento de quita y espera y el expediente de suspensión de pagos se ofrecían como remedio a situaciones de mera iliquidez, que se ventilaban mediante un convenio.

En el caso del deudor insolvente no comerciante, se ha mantenido hasta nuestros días esta concepción simple de las situaciones de insolvencia y sus remedios (quizás por el escaso recurso que a ellos se hace).

2.1.2. Quiebra y suspensión de pagos: evolución normativa

No ha ocurrido lo mismo en el supuesto de la insolvencia del deudor empresario, ya que la aplicación práctica de las instituciones concursales mercantiles ha alterado el modelo normativo, que ha experimentado diversos cambios desde 1829 a 1922.

En el Código de Comercio de 1829 la quiebra era el único procedimiento concursal regulado, mientras que la suspensión de pagos no era más que una clase de quiebra.

Con el Código de Comercio de 1885, la suspensión de pagos se generaliza como procedimiento autónomo de la quiebra; ahora bien, la suspensión de pagos también se admite en situaciones de insuficiencia patrimonial, aunque debía solicitarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al cese de los pagos.

Esta solución dio lugar a numerosos abusos, que se pretendieron corregir con la reforma del Código en 1897, que volvió a restringir la suspensión de pagos para las situaciones de mera iliquidez.

En este marco normativo, la crisis del Banco de Barcelona en 1920 provocó una alteración notable en los fundamentos de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, que entonces se tramitaba. Esta Ley permite acogerse al beneficio de la suspensión de pagos no sólo en los casos de insolvencia provisional (iliquidez), sino también en los de insolvencia definitiva (desbalance, o pasivo superior al activo), con algunas variaciones en la tramitación que después expondremos.

A pesar de estos cambios normativos, está muy extendida la idea de que la quiebra se corresponde con situaciones de insuficiencia patrimonial, que se ventilan a través de la liquidación, y de que la suspensión de pagos se anuda con situaciones de iliquidez, que se solventan con un convenio.

Pero la realidad normativa y la práctica no son éstas. De momento, sólo haremos algunos apuntes. Por lo que se refiere a la quiebra, ésta puede concluir también con un convenio que evite la liquidación y permita la continuación de la empresa. En relación con la suspensión de pagos, ya ha quedado dicho que pueden acogerse a este expediente empresarios en situación de desbalance; además, el convenio de la suspensión de pagos puede tener contenido liquidatorio, al no establecerse ninguna restricción legal al respecto.

2.1.3. La quiebra

La quiebra es un procedimiento judicial, que persigue primordialmente la liquidación del patrimonio del empresario insolvente, para pagar las deudas de éste con el producto de dicha liquidación. Para ello es necesario que, en primer lugar, la quiebra sea declarada. Esta declaración produce una serie de efectos que tienden a asegurar la efectividad de las operaciones que han de realizarse sobre el patrimonio del deudor (masa activa de la quiebra) y sobre sus deudas (masa pasiva). Estas operaciones van encaminadas a determinar, por una parte, el patrimonio del deudor afectado por la ejecución y de otra, qué créditos y en qué orden tienen derecho a cobrarse con el producto de la liquidación. La forma normal de terminación de la quiebra es el pago de las deudas con lo que resulte de la liquidación. Sin embargo, el ordenamiento admite también que el quebrado pueda celebrar un convenio con sus acreedores.

La declaración de quiebra

La quiebra puede ser voluntaria (si la solicita el propio empresario) o necesaria (si la pide alguno de sus acreedores). En ningún caso puede acordarse de oficio por el juez. La solicitud de quiebra debe reunir una serie de requisitos, entre los que se encuentra la acreditación de lo que viene en llamarse los presupuestos subjetivo y objetivo de la quiebra: que el deudor es comerciante y que ha cesado en el pago de sus obligaciones. Aunque, si es el deudor quien voluntariamente se presenta en quiebra, se presume que se encuentra en situación de insolvencia, sin que haya de acreditar la cesación en los pagos.

En el caso de quiebra necesaria, el juez la declara sin oír al deudor. Pero éste puede oponerse a la declaración de quiebra en el plazo de ocho días desde que se le notifica, probando que no concurren los presupuestos de la quiebra (y, en particular, que se encuentra al corriente en el pago de sus obligaciones).

Si la quiebra es voluntaria, la jurisprudencia también reconoce a los acreedores el derecho a oponerse a la declaración de quiebra.

Efectos de la declaración de quiebra

La declaración de quiebra conlleva la grave consecuencia de que el quebrado queda *inhabilitado* para administrar y disponer de sus bienes. De esta administración se hace cargo, provisionalmente, un depositario-administrador nombrado por el juez, y después los síndicos, una vez designados por la primera junta de acreedores. Con esta finalidad, al declararse la quiebra se convoca a todos los acreedores conocidos.

Como un resquicio del origen penal de la quiebra, el Código de Comercio todavía prevé el *arresto* del quebrado. El Tribunal Constitucional ha mitigado el rigor del arresto, exigiendo que sea domiciliario y por el tiempo estrictamente necesario (que ordinariamente va ligado a la conclusión de la ocupación de todos sus bienes).⁽¹⁾

Para determinar el patrimonio del deudor, se empieza por *ocupar* todos sus bienes y documentos, cerrando su establecimiento e interviniendo toda su contabilidad y correspondencia. Éste es uno de los puntos en que más se advierte cuán anticuada resulta la institución de la ocupación, pues no se prevé la posibilidad de continuar la explotación empresarial en aquellos casos en que resulte más beneficioso para los propios acreedores. Para salvar esta disfunción, la práctica judicial viene admitiendo, con la noción de quiebra abierta, la posibilidad de mantener la actividad empresarial, durante el tiempo que resulte conveniente.

Como la quiebra es un procedimiento universal, con el que se pretenden aunar todas las pretensiones existentes contra el patrimonio del deudor,

(1) Sentencia del Tribunal Constitucional de 19-XII-1985.

se acuerda su *acumulación* a la quiebra. Este efecto se denomina *vis attractiva* de la quiebra. Inicialmente sólo quedaban al margen de esta acumulación las ejecuciones hipotecarias y prendarias, pero en la actualidad se ha extendido esta exclusión a otras muchas pretensiones (créditos laborales, ejecuciones tributarias o de Seguridad Social anteriores a la declaración de quiebra, recuperación de bienes muebles vendidos a plazos, cedidos en arrendamiento financiero...).

La quiebra también produce una serie de efectos sobre los créditos existentes contra el deudor, a fin de convertirlos todos en dinero y concretar su cuantía a la fecha de la declaración de quiebra. Tales créditos dejan de devengar interés (salvo los hipotecarios y prendarios), se convierten en créditos dinerarios los que tenían otra naturaleza, y los créditos sujetos a plazo vencen anticipadamente. A consecuencia de este vencimiento anticipado no se admite, como regla general, que los acreedores —que, a su vez, sean deudores del quebrado— compensen tales créditos y deudas. También como regla general, la declaración de quiebra no afecta a los contratos de tracto sucesivo (por ejemplo, los laborales, los de arrendamiento...), siempre que los representantes de la quiebra continúen cumpliéndolos; en otro caso, claro está, la contraparte podrá resolverlos.

Formación de la masa activa

Constituyen la masa activa todos los bienes del deudor que sean susceptibles de ejecución. Por ello quedan al margen los bienes inembargables.

Ahora bien, entre los bienes ocupados al deudor, puede haber algunos que no le pertenezcan o que estén especialmente afectados al cumplimiento de alguna obligación (bienes hipotecados, con prenda sin desplazamiento...).

De otra parte, no es nada infrecuente que en un tiempo próximo a la quiebra el deudor haya distraído de su patrimonio bienes o derechos: con ello pretende evitar que tales bienes sirvan para pagar a los acreedores en el procedimiento de quiebra, con el consiguiente perjuicio para éstos. Uno de los medios ordenados para lograr reintegrar estos bienes a la masa activa de la quiebra es la retroacción. La ley declara nulos todos los actos de administra-

ción y de dominio realizados por el quebrado desde el momento en que realmente cesó en el pago de sus obligaciones (momento que, naturalmente, se produjo antes de la declaración de quiebra). Para ello es necesario que el juez haya fijado una fecha de retroacción, y que los síndicos ejerciten las acciones necesarias para obtener la ineficacia de tales actos. La jurisprudencia ha venido interpretando de manera muy rigurosa el alcance de esta sanción de nulidad. Rectamente, debería matizarse y, en cualquier caso, supeditarla a que dichos actos o negocios hayan ocasionado un perjuicio a los acreedores.

Formación de la masa pasiva

Los acreedores que pretendan cobrar con el producto de la quiebra deberán insinuar sus créditos a los síndicos, para que se incluyan en el estado de acreedores y sean reconocidos por la junta convocada al efecto. A este respecto, si no se alcanzan los quórum y mayorías exigidas por la ley, corresponde al juez decidir sobre su reconocimiento.

Una vez reconocidos los créditos, se procederá a su graduación, que deberá ser aprobada también por la junta de acreedores. La graduación contemplada por el vigente Código de Comercio⁽²⁾ se ha visto notablemente alterada por otras disposiciones legales, sobre todo por lo que se refiere a los créditos laborales, tributarios y de la Seguridad Social. Así las cosas, en la actualidad resulta difícil encajar todas estas normas. Proponemos la siguiente graduación:

- Créditos laborales singularísimamente privilegiados.⁽³⁾
- Créditos con privilegio sobre una cosa determinada, por este orden: privilegio refaccionario laboral;⁽⁴⁾ créditos de la Hacienda Pública;⁽⁵⁾ privilegios marítimos e hipoteca naval; créditos hipotecarios y pignoratícios.
- Créditos laborales singularmente privilegiados.⁽⁶⁾
- Créditos tributarios.⁽⁷⁾

(2) Artículos 912 y siguientes.

(3) Artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores.

(4) Artículo 32.2 del Estatuto de los Trabajadores.

(5) Los de los artículos 73 y 74 de la Ley General Tributaria.

(6) Artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores.

(7) Artículo 71 de la Ley General Tributaria, y artículos 12, 31 y 32.1 de la Ley General Presupuestaria.

• Créditos referidos en el artículo 913 del Código de Comercio, y por este orden:

- créditos singularmente privilegiados;
- créditos privilegiados por Derecho mercantil;
- créditos privilegiados por Derecho civil;
- créditos escriturarios;
- créditos comunes por operaciones mercantiles; y
- créditos comunes por Derecho civil.

Liquidación y pago

La liquidación del patrimonio del deudor, para con su producto hacer pago de los créditos reconocidos y de acuerdo con la graduación aprobada, es el modo normal de terminar la quiebra. En la regulación actual, y en aras de una mayor garantía, se impone la subasta pública como medio de realización de los bienes inmuebles y muebles. La forma para eludir este mandato legal suele ser la venta directa por razones de urgencia, para evitar el menoscabo o riesgo de pérdida de los bienes por el simple transcurso del tiempo o el desuso. La vía de la subasta se ha revelado muy ineficiente, dando lugar a realizaciones ruinosas de elementos empresariales. Siguiendo el ejemplo de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, deberían buscarse fórmulas alternativas que facilitaran la obtención de mayor valor en las enajenaciones (convenio de realización, enajenación a través de entidades públicas o privadas).⁽⁸⁾

Con el producto de la liquidación se procederá al pago, de acuerdo con el orden aprobado. En la mayor parte de las veces, con la realización de los bienes no se obtiene cantidad suficiente para pagar todos los créditos. Los titulares de estos créditos insatisfechos no pierden el derecho a reclamarlos, conservando las acciones contra el quebrado, por si éste llegare a mejor fortuna.

El convenio

Como modo alternativo a la liquidación, se prevé también la posibilidad de que el quebrado alcance un convenio con sus acreedores dentro de la

(8) Artículos 640 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

propia quiebra. El contenido del convenio puede ser muy variado, respondiendo tanto a la liquidación de la empresa como a su continuación. En la tramitación del convenio hay notables diferencias según el quebrado sea comerciante individual o sociedad mercantil. Sin que existan grandes razones para ello, la ley concede mayores facilidades para la consecución de un convenio a las sociedades que a los comerciantes individuales. Así, por ejemplo, el comerciante quebrado ha de esperar al reconocimiento de créditos para proponer el convenio, y sólo puede hacerlo si su quiebra no es calificada fraudulenta; estas exigencias no se exigen para la proposición del convenio por la sociedad quebrada.

El convenio vincula a los acreedores del quebrado, hayan votado o no a favor del mismo, siempre que se alcance la mayoría legal para su aprobación. No obstante, la ley reconoce a determinados acreedores el derecho de abstención, por el que pueden quedar al margen de los compromisos asumidos en el convenio. El convenio vincula al quebrado y a sus acreedores que no tengan derecho de abstención. La jurisprudencia mayoritaria viene afirmando que las quitas o esperas pactadas en el convenio no se extienden a los fiadores del quebrado, por lo que los créditos garantizados con aval podrán ser exigidos en su totalidad y sin sujeción a término.

La calificación de la quiebra

Como reminiscencia del origen penal del Derecho Concursal, la ley prevé que en la quiebra se abra una pieza para depurar la responsabilidad del quebrado en la causación de su insolvencia. Sin que se mantenga el viejo aforismo *decoctor ergo fraudator* (quien quiebra, defrauda), la ley tipifica las conductas por las que se califica la quiebra como fortuita, culpable o fraudulenta. Antes del Código Penal de 1995, esta pieza de calificación constituía un requisito previo de procedibilidad penal: esto es, para que el quebrado pudiera ser enjuiciado penalmente por insolvencia fraudulenta o culpable, era necesario que previamente la quiebra hubiera sido calificada así por el juez civil. Con el vigente Código Penal, la calificación penal de la insolvencia es independiente de la calificación civil. De tal modo que, en la actualidad, el alcance de esta calificación civil de la quiebra ha perdido buena parte de su im-

portancia. Sólo quedan los efectos de la quiebra fraudulenta: impide la rehabilitación del quebrado y que el comerciante individual quebrado pueda proponer un convenio; además, quienes sean declarados cómplices del quebrado fraudulento han de reintegrar los bienes que hubieran detraído y pierden todo derecho que tuvieran sobre la masa de la quiebra.

Valoración final

La quiebra es un procedimiento muy complicado, actualmente obsoleto, injustificadamente gravoso para el deudor y, además, caro.

- Complicado, por estar cargado de trámites, que contribuyen a dilaciones excesivas del procedimiento.

- Obsoleto, porque su regulación está pensada para el desarrollo de la actividad económica en el siglo XIX.

- Injustificadamente gravoso para el deudor, porque habitualmente conlleva su arresto (por más que se cumple domiciliariamente), su inhabilitación (porque siempre se le separa de la administración de sus bienes) y otras interdicciones legales (por ejemplo: se le prohíbe el ejercicio del comercio o la administración empresarial, mientras no sea rehabilitado, y el desempeño de cargos tutelares) que estigmatizan al deudor.

- Y caro, tanto para quien solicita la quiebra, como para el patrimonio del quebrado, que debe soportar los gastos generados por el procedimiento y su administración; sin contar con la depreciación que en la mayoría de los casos se produce por la enajenación de los bienes a través de subasta.

2.1.4. La suspensión de pagos

La suspensión de pagos se concibe como un beneficio al que puede acogerse el empresario insolvente que quiera alcanzar un convenio con sus acreedores. Para la consecución de este convenio es necesario verificar la situación patrimonial y financiera del deudor y determinar quiénes son sus acreedores, a fin de que éstos, a la vista de aquella situación económica del suspenso, decidan si dan su conformidad al convenio propuesto. La suspen-

sión de pagos es un beneficio para el empresario insolvente, puesto que durante la tramitación del procedimiento se suspenden las ejecuciones contra él, lo que naturalmente supone concederle un respiro.

Presupuestos y admisión a trámite

Para poder acogerse a la suspensión de pagos, tan sólo se exige que el deudor insolvente sea empresario y que presente la correspondiente solicitud acompañada de la documentación que la ley requiere (balance o estado de situación, memoria expresiva de las causas de esta situación económica y de los medios con que cuenta para pagar sus deudas, la propuesta de convenio, la ratificación de la solicitud por la junta general –en el caso de sociedad de capital–...) y la presentación de los libros contables.

Para admitir esta solicitud, el juez se limita a comprobar el cumplimiento de estos requisitos. Y una vez admitido a trámite, el juez no puede sobreseer el expediente salvo en los pocos casos previstos en la ley: inasistencia del suspenso a la junta convocada para aprobar el convenio, falta de quórum de acreedores en la junta, falta de mayoría de acreedores para la aprobación del convenio.

La admisión a trámite de la suspensión de pagos produce efectos para el suspenso y para los acreedores. El suspenso mantiene la administración de su empresa, pero su actividad empresarial queda sometida a la supervisión de tres interventores nombrados por el juez. Ello significa que el deudor no podrá realizar pagos, cobros o negocios sin el visto bueno de la intervención judicial.

Para preservar la integridad del patrimonio y asegurar la eficacia del convenio que se alcance, la admisión a trámite de la suspensión de pagos paraliza las ejecuciones que hubiera pendientes contra el deudor y, lógicamente, impide que se insten otras nuevas. Quedan al margen de esta paralización los créditos que gocen del derecho de ejecución separada (prendarios, hipotecarios, salariales...). Además, los embargos y administraciones judiciales quedan sustituidos por la intervención judicial.

Declaración de la suspensión de pagos

Aunque los principales efectos de la suspensión de pagos se producen desde que el juez la admite a trámite, la ley reserva para un momento posterior la declaración formal de este estado. Una vez que los interventores judiciales han examinado la contabilidad del deudor y han comprobado las causas declaradas por éste, han de emitir un dictamen, que es especialmente tenido en cuenta por el juez para declarar al deudor en estado legal de suspensión de pagos, determinando si su insolvencia es provisional o definitiva.

Si la insolvencia es provisional, el procedimiento se simplifica, pues el juez directamente convoca la junta de acreedores. En cambio, si la insolvencia es definitiva, se concede un plazo de quince días al suspenso, para que afiance o consigne el déficit. Si no lo hace, los acreedores que representen los 2/5 del pasivo pueden solicitar la quiebra en el plazo de cinco días (lo cual no suele ocurrir en la práctica). Transcurrido este último plazo sin que medie dicha solicitud, el juez convoca la junta de acreedores.

Aunque el mantenimiento en la situación de insolvencia definitiva no impide la continuación de la suspensión de pagos, sí conlleva unas especiales consecuencias, que aproximan aquella situación a la quiebra: el juez puede restringir las facultades administrativas del suspenso, es posible impugnar actos o negocios fraudulentos realizados en un período próximo a la suspensión de pagos,⁽⁹⁾ y se abre la pieza de calificación.

Formación de la lista de acreedores

Mientras que en la quiebra los créditos han de ser insinuados por los propios acreedores y aprobados y graduados por la junta de acreedores (o, en su caso, por el juez), en cambio, en la suspensión de pagos se parte de la relación de acreedores presentada por el propio deudor y verificada por los interventores, quienes confeccionan una lista provisional de créditos, que pueden impugnar los acreedores. El juez resuelve sobre estas impugnaciones y fija la lista definitiva de acreedores, antes de la fecha prevista para la celebración de la junta. La finalidad de la formación de esta lista es determinar

(9) En los términos de los artículos 879 a 882 del Código de Comercio, previstos para la quiebra, por remisión del artículo 21 de la Ley de Suspensión de Pagos.

quiénes son los acreedores del suspenso, por qué importe, y cuáles de ellos tienen derecho de abstenerse en el convenio.

El convenio

Como ya se ha indicado, la suspensión de pagos persigue que el deudor alcance un convenio con sus acreedores. La ley no restringe el contenido del convenio, por lo que puede proponerse tanto un convenio de continuación empresarial (cuyo contenido consista en una quita, una espera, o ambas cosas), como un convenio de liquidación (cuyo contenido puede ser una dación en pago, o para pago, o la transmisión de la empresa a un tercero).

Todos los acreedores son convocados a junta, a la que necesariamente debe asistir el deudor. Para la válida constitución de la junta, se requiere la asistencia de acreedores que representen, al menos, 3/5 del pasivo.

Tras ser debatido el convenio, se somete a votación, y para su aprobación se requiere que voten a favor la mayoría de los acreedores concurrentes, siempre que además sus créditos representen, al menos, las siguientes mayorías del pasivo: 3/5 del pasivo, si el convenio consiste en una espera no superior a tres años; 3/4 del pasivo, si la espera es superior a tres años o si la insolvencia es definitiva (si esta mayoría no se alcanza, es posible una segunda convocatoria de la junta, en la que sólo se exige la aprobación del convenio por los 2/3 del pasivo). En todos estos cálculos del pasivo no se tiene en cuenta el importe de los créditos con derecho de abstención, cuyos titulares lo hubieran ejercitado.

Excepcionalmente, en el caso de que existan más de 200 acreedores, y por la dificultad de que la mayoría de ellos concorra a la junta, sólo se exige la correspondiente mayoría de pasivo.

También en el supuesto de que existan más de 200 acreedores se prevé la posibilidad de que la aprobación del convenio en junta se sustituya por un trámite escrito. A este fin, se concede un plazo para que los acreedores puedan acreditar su adhesión al convenio propuesto.

Si no se reúnen las mayorías exigidas, se sobresee el expediente. Si se reúnen, el juez proclama el resultado; desde entonces y en un plazo de

ocho días, los acreedores que no hubieren votado a favor del convenio pueden impugnarlo por las causas tasadas por la ley. Transcurrido este plazo sin haberse impugnado el convenio, o desestimadas las impugnaciones, el juez aprueba el convenio.

Al igual que en la quiebra, el convenio vincula al suspenso y a sus acreedores (salvo a aquellos que, gozando del derecho de abstención, lo hubieran ejercitado). Asimismo, los efectos del convenio no se extienden a los fiadores del suspenso.

Si el suspenso no cumple lo pactado en el convenio, la ley prevé que cualquiera de los acreedores pueda denunciar el convenio y pedir la quiebra del deudor. Esta solución legal no es satisfactoria, porque esta denuncia se ha de encauzar por un juicio declarativo ordinario, cuya resolución se dilata en el tiempo. Por este motivo y por el coste del propio juicio, este remedio es impracticable. Ello se traduce en una impunidad del deudor ante el incumplimiento del convenio. Para evitar estas consecuencias, en la práctica se proponen y aprueban convenios que, para el caso de incumplimiento, prevén la liquidación.

Valoración

El procedimiento de suspensión de pagos que introdujo la Ley de 1922 es ágil y sencillo, lo cual ha permitido que muchas crisis empresariales discurran por sus cauces, concediéndoles una salida más airosa, sobre todo cuando se generalizó en la práctica la admisión de convenios de liquidación. Pero las mismas razones que han permitido estos convenios de liquidación (la ausencia de limitaciones específicas para el contenido del convenio) también han propiciado muchos abusos. Este procedimiento persigue alcanzar un convenio entre el suspenso y los acreedores, y esto es cuestión de mayorías. En torno a ello se ha asistido a prácticas oportunistas, que pervierten la finalidad de la Ley: por ejemplo, la compra de créditos para alcanzar las mayorías e imponer convenios abusivos; y operaciones inversas: la oferta de créditos con importes muy incrementados, con la amenaza de impugnar el convenio (y con ello eternizar el expediente, con los perjuicios que ello reporta para el suspenso y para el resto de los acreedores).

2.2. La realidad concursal española en los últimos años

A partir de la información estadística cabe extraer algunas conclusiones en torno a la importancia práctica de los actuales procedimientos concursales mercantiles.⁽¹⁰⁾ Entre los datos estadísticos correspondientes a las quiebras y suspensiones de pagos declaradas en España durante los últimos diecisiete años, conviene considerar dos extremos: por una parte, el número de declaraciones en una y otra situación concursal; de otro lado, el total de los pasivos de las empresas declaradas en quiebra y suspensión de pagos. En relación con el primer dato, fácilmente se advierte el cambio de orientación en la frecuencia de uno y otro procedimiento concursal (gráfico 2.1). Y por cuanto se refiere a la cifra de pasivos totales, parece intuirse que un criterio de selección entre la quiebra y la suspensión de pagos reside precisamente en la dimensión de las empresas declaradas en la respectiva situación concursal (gráfico 2.2).

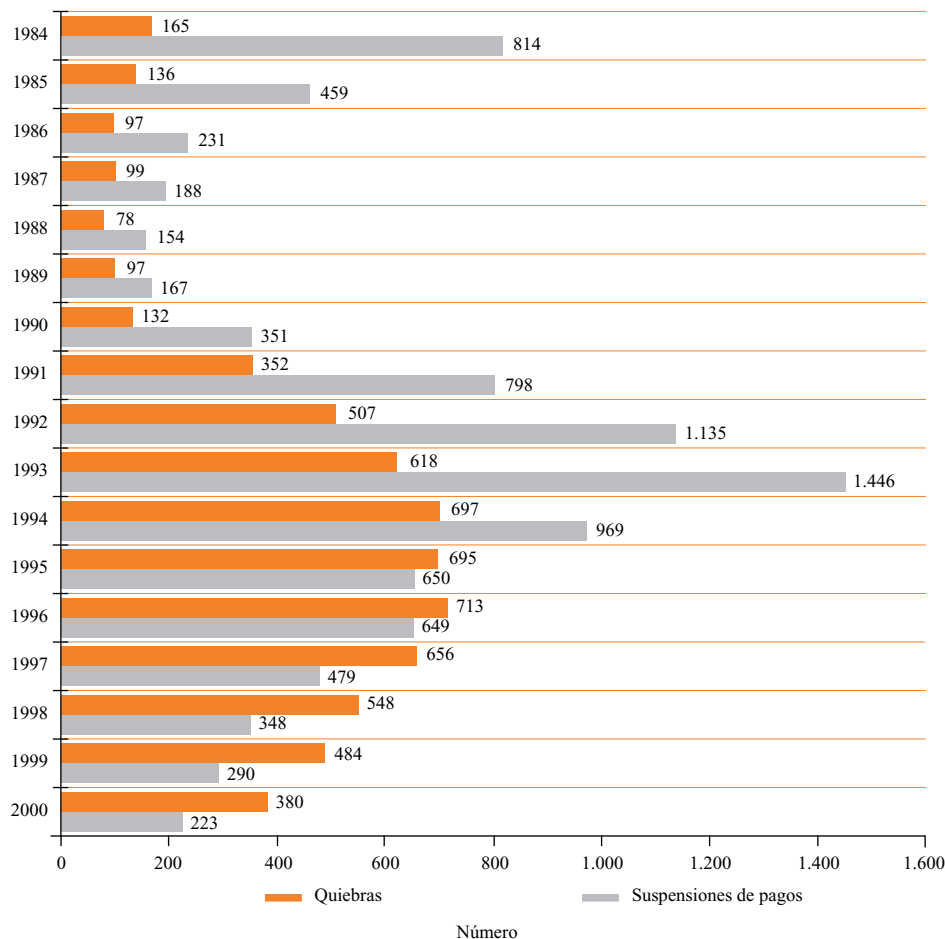
Con estos datos puede avanzarse que en nuestro actual sistema concursal la elección entre el expediente de suspensión de pagos o el procedimiento de quiebra no se funda básicamente ni en las pretendidas finalidades (liquidatoria en la quiebra, conservativa en la suspensión de pagos) que, con carácter general, suelen afirmarse de estos procedimientos, ni en la diferente situación económica de las empresas que acuden a uno u otro expediente (más crítica en las quebradas que en las suspensas).

Con la información contenida en el gráfico 2.1 se percibe claramente que, desde la segunda mitad de la década de los noventa, se ha producido una clara inversión en cuál es el procedimiento concursal de mayor frecuencia. Desde 1995 ya no se puede mantener que exista la conocida «fuga de la quiebra» hacia la suspensión de pagos; antes bien, el número de quiebras supera al de suspensiones de pagos. También pudiera suceder, aunque de este dato no se ofrece información estadística, que algunas de las declaraciones de quiebra sean consecutivas a declaraciones de suspensión de pagos, porque en ésta no ha prosperado la consecución de un convenio.

(10) Fuente: Elaboración propia según datos de la estadística de declaraciones de quiebras y suspensiones de pagos del INE. Para los datos desde 1994: <http://www.ine.es/htdocs/daco/daco42/dacoqs.htm>. Los datos del año 2000 son aún provisionales.

Gráfico 2.1

NÚMERO DE QUIEBRAS Y DE SUSPENSIÓN DE PAGOS EN ESPAÑA (1984-2000)

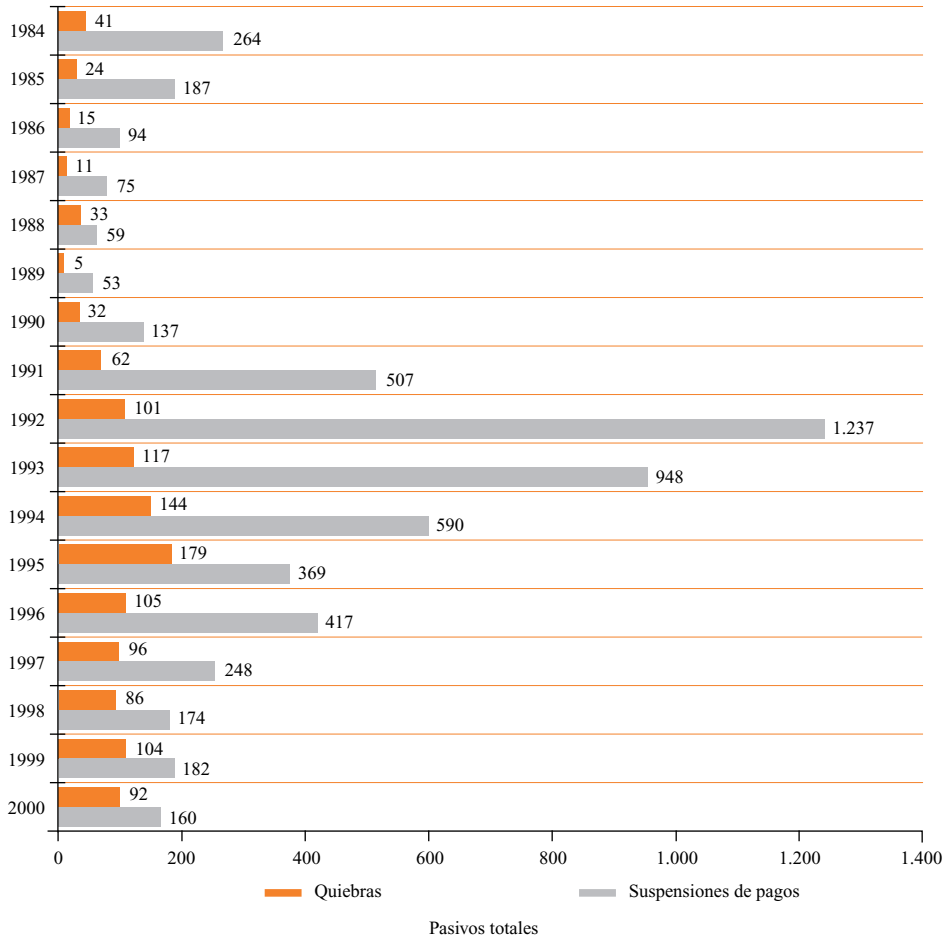


Por otra parte, y atendiendo a las cifras de pasivos totales en los respectivos procedimientos concursales (gráfico 2.2) –y sin dejar de reconocer que, por tratarse de cifras globales, su significado ha de ponderarse con cautela–, puede decirse que el expediente de suspensión de pagos queda reservado, en principio, para empresas de mayores dimensiones. En cambio y por

Gráfico 2.2

PASIVOS TOTALES DE QUIEBRAS Y DE SUSPENSIÓN DE PAGOS EN ESPAÑA (1984-2000)

Redondeo en miles de millones de pesetas constantes (año base: 2000, diciembre)



lo general, las pequeñas y medianas empresas insolventes no tienen más remedio que acudir a la quiebra, para acabar rápidamente con tal situación, puesto que resulta excesivamente oneroso acarrear los costes directos e indirectos que implica sostener la tramitación de la suspensión de pagos. En

efecto, si se promedian los pasivos en las quiebras y en las suspensiones de pagos, se advierte con facilidad que el promedio de pasivo en éstas es notablemente superior al de aquéllas. Siendo así las cosas, parece acertado sostener que la situación financiera de las empresas insolventes no es determinante de la elección entre quiebra y suspensión de pagos.

III. Breve referencia a algunas reformas concursales recientes en naciones europeas. El derecho comunitario

Con mucho, excede de los objetivos de este trabajo realizar una exposición exhaustiva del Derecho Comparado en materia concursal. Antes bien, nos limitaremos a hacer referencia a las últimas reformas legislativas acaecidas en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que, por su tradición, más han influido e influyen en el nuestro. Se trata de leyes concursales promulgadas en la década de los noventa; en concreto, las de Alemania, Portugal y Francia. En algunos pasajes del presente estudio, resaltaremos la influencia que han tenido –cuando menos como fuente de inspiración– en nuestro Anteproyecto de Ley Concursal del 2001.

También haremos una mención al reciente Reglamento Comunitario 1346/2000, que ha de entrar en vigor el próximo 31-V-2002, por ser el marco normativo directamente aplicable en los procedimientos concursales en los que el deudor tenga el centro de sus intereses principales en el territorio de la Comunidad Europea.

3.1. Alemania

El Parlamento alemán aprobó el 5-X-1994 la *Insolvenzordnung* (InsO),⁽¹⁾ cuya entrada en vigor se aplazó hasta el 1-I-1999. Esta Ordenanza aparece acompañada de una ley de implantación de la misma fecha (*Einfüh-*

(1) *Bundesgesetzblatt* 1994, I, págs. 2866 ss.; entrada en vigor: 1-I-1999.

rungsgesetz zur Insolvenzordnung). La propia duración de esta *vacatio legis* da cuenta del calado de la reforma, ya que con ella se deroga la legislación concursal tendente tanto a la liquidación (contenida en la *Konkursordnung* de 1877) como al convenio concursal (en la *Vergleichsordnung* de 1935), y la correspondiente normativa sobre ejecución colectiva de los nuevos *Länder* (*Gesamtvollstreckungsordnung* de 1990 y *Gesamtvollstreckungs-Unterbrechungsgesetz* de 1991).

Con la *Insolvenzordnung* se establece un sistema concursal **unitario**, cuya elaboración ha venido precedida de una dilatada discusión doctrinal. Es un texto extenso y minucioso, compuesto por 335 párrafos, y se aplica a cualquier deudor insolvente (esto es, con indiferencia de que tenga o no la condición de empresario).

El procedimiento de insolvencia tiene como **objetivo** la mejor satisfacción posible de los acreedores, y ello cualquiera que sea la solución adoptada: la liquidación del patrimonio del deudor, pero también el saneamiento si se trata de un deudor empresario. Además, para el caso del deudor sea una persona física, se introduce como novedad un procedimiento especial por el que se le permite liberarse de las deudas residuales (esto es, las que no sean satisfechas mediante el concurso).

Ante la insolvencia de un deudor común, el procedimiento concursal discurre a través de las siguientes fases. La **apertura del procedimiento** puede instarse por el deudor o por cualquier acreedor sobre el fundamento de la incapacidad de pago (*Zahlungsunfähigkeit*) de deudor. Además y a fin de procurar una apertura oportuna del procedimiento, si es el deudor quien solicita el concurso, puede también hacerlo en el caso de que su incapacidad de pago sea inminente o exista una situación de amenaza de insolvencia (*drohende Zahlungsunfähigkeit*). Si así actúa, también facilitará con ello que se le puedan mantener las facultades de administrar y disponer de su patrimonio; y viceversa: si el deudor persona física retrasa en exceso la solicitud de concurso, perderá la posibilidad de liberarse de las deudas residuales. Y, aunque sólo para las personas jurídicas, el sobreendeudamiento (*Überschuldung*) es también presupuesto objetivo del concurso.

En materia de órganos concursales ocupa un lugar muy destacado el **administrador de la insolvencia** (*Insolvenzverwalter*), que es designado por el juez. Sin embargo, el juez puede autorizar al deudor a administrar y disponer su patrimonio bajo la vigilancia de un interventor (*Sachwalter*).

Otra nota que caracteriza el nuevo sistema es la intensificación de las **acciones impugnatorias** concursales, a fin de anular los actos de disposición patrimonial anteriores al concurso y perjudiciales a la masa. Ello se logra mediante la ampliación de los plazos legales en que quedan comprendidos los actos susceptibles de impugnación, y con la limitación de las premisas subjetivas para esta impugnación (que se cifran en la culpa grave) y el establecimiento de presunciones legales al respecto.

En el desarrollo del procedimiento ocupa un significativo papel la autonomía reconocida a los **acreedores**. Así, sobre la base de un informe del administrador de la insolvencia, la junta de acreedores decide si la empresa ha de ser liquidada o si continúa la explotación empresarial, en vistas a su saneamiento. El administrador de la insolvencia ha de preparar esta decisión de la junta de acreedores en una fase inicial que puede durar, a lo sumo, tres meses contados desde la declaración de concurso.

La solución del saneamiento empresarial se construye a través de la figura del **plan de insolvencia** (*Insolvenzplan*), cuya estructura y función están bastante inspiradas en el modelo estadounidense del plan de reorganización regulado en el capítulo 11 del título 11 del *United States Code*.⁽²⁾ Ahora bien, ha de notarse que el plan de insolvencia puede prever no sólo el saneamiento empresarial, sino también la liquidación. Este plan de insolvencia puede ser propuesto por el deudor o por el administrador de la insolvencia. La aceptación de los acreedores se realiza por grupos: acreedores con derecho de ejecución separada, acreedores ordinarios, y acreedores subordinados, si el plan determina que sus créditos no han de considerarse remitidos. Se establece un mecanismo de protección de las minorías, en el sentido de que el acreedor no tiene por qué perder –sin su consentimiento– el valor que le correspondería si se hubiera optado por la liquidación en lugar de por el

(2) En los Estados Unidos de América la normativa sobre *Bankruptcy* se integra desde 1978 en el título 11 del *United States Code*. Su capítulo 7 se ocupa de la *liquidation*, mientras que el capítulo 11 trata de la *reorganization*.

plan. Aprobado el plan, puede encomendarse al administrador que supervise su cumplimiento.

Especial atención merece el tratamiento de los **créditos garantizados**, aspecto este en el que se introducen grandes cambios con respecto a la normativa anterior. Así, tales créditos se incluyen en el procedimiento concursal, de modo que pueden participar en la junta y votar en ella. Por otra parte, los bienes muebles del deudor cedidos en garantía o sujetos a reserva de dominio pueden ser realizados por el administrador de la insolvencia, por más que al acreedor garantizado se le reconoce un derecho de entrada en las enajenaciones proyectadas y un derecho de iniciativa para agilizar la realización de tales bienes. En fin, los derechos de los titulares de créditos garantizados pueden verse modificados por el plan de insolvencia.

Si el patrimonio del deudor es objeto de **liquidación**, todos los créditos ordinarios son satisfechos a prorrata. Conviene subrayar que la pléyade de **privilegios** generales existente anteriormente es cercenada en el nuevo sistema. Sin embargo, merecen especial protección los créditos de los trabajadores, cuyos derechos se tutelan además a través de un plan social (*Sozialplan*); con todo ello, las previsiones jurídico-laborales se insertan en la normativa concursal.

Por otra parte, existen reglas especiales para la insolvencia de los **consumidores**. En primer lugar, el deudor ha de intentar un arreglo extrajudicial con sus acreedores. Si este remedio fracasa (y por ello ha de acreditar especialmente que lo ha intentado en los seis meses anteriores), se acude al procedimiento concursal ante el juez. También aquí el juez facilitará, sobre la base de un plan de renegociación de deudas presentado por el deudor, que se alcance un acuerdo entre los acreedores y el deudor. Para ello el juez puede incluso llegar a considerar que consiente el plan algún acreedor que haya formulado objeciones al mismo, siempre que dicho plan haya sido aceptado por una determinada mayoría de acreedores y su contenido sea apropiado. Si aun así no se logra la aceptación del plan, entra en escena un procedimiento de insolvencia simplificado.

Al deudor persona física que haya observado un comportamiento honesto se le permite la posibilidad de **liberarse de las deudas residuales**. Ahora bien, para evitar abusos en este beneficio legal, dicha exoneración de

deudas está sujeta a estrictos requisitos, en atención a la conducta anterior del deudor en el plano económico, al cumplimiento de sus deberes de información y colaboración durante el procedimiento, y a que –para la satisfacción de los acreedores– ceda sus ingresos embargables durante un período de siete años desde la clausura del procedimiento.

Por último, en la *Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung* se contienen algunos principios de **Derecho Concursal Internacional** que, en buena medida, se acomodan a las normas del Reglamento Comunitario 1346/2000, de 29-V-2000.

3.2. Portugal

En la década de los noventa, Portugal ha procedido a reformar su legislación concursal, que toma carta de naturaleza legal en el *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência*, aprobado por el *Decreto-Lei* n. 132/93, de 23-IV-1993.⁽³⁾

Como se afirma en su interesante Exposición de Motivos, el **principio** que informa este sistema legal es claro: procurar un instrumento jurídico que posibilite auxiliar eficazmente a las empresas nacionales que se encuentren en dificultades financieras, pero que sean económicamente viables.

Por ello, el sistema concursal portugués se articula en torno a dos procesos: la quiebra (*falência*) y la recuperación de empresas insolventes. La quiebra tiene como finalidad la extinción de la empresa deudora. La recuperación de empresas puede desarrollarse a través de cuatro medidas: el concordato, el acuerdo de acreedores, la reestructuración financiera y la gestión controlada. La insolvencia del deudor es el presupuesto objetivo de ambos procesos, que tienen una fase introductoria común. Se permite el tránsito de un proceso a otro, aunque se reconoce la prioridad de la recuperación empresarial sobre la quiebra.

Para asegurar la eficacia del sistema, el Código también rediseña el sistema de **órganos concursales**. Tanto la quiebra, como la recuperación de

(3) *Diário da República – I Série-A*, n. 95, de 23-IV-1993, págs. 1976-2005. Este Código entró en vigor a los noventa días de la fecha de su publicación.

empresas, se judicializan, y desaparecen las «*Cámaras de Fálencias*» y las figuras del síndico y del administrador de quiebras. En su lugar, se otorga una mayor importancia a la comisión de acreedores, y al gestor judicial (en el proceso de recuperación) o al liquidador judicial (en el proceso de quiebra), cuya libre designación y control compete a la comisión de acreedores.

En los rasgos definidores de los dos procesos contemplados (quiebra y recuperación de empresas) se afirma la **prioridad de la recuperación empresarial**. Ahora bien, esta preferencia de las medidas de recuperación se concibe de manera muy diferente a la orientación que informaba la normativa portuguesa de intervención pública y saneamiento de finales de los setenta (caracterizada por la discrecionalidad administrativa y el reducido papel otorgado a los acreedores). El sistema tendente a la recuperación de empresas en situación financiera difícil, pero consideradas económicamente viables, se modificó en 1986 y 1990: se judicializó el proceso, cuyo desarrollo se confiaba a un perito cualificado, y se otorgaba mayor protagonismo a la junta de acreedores; además, los medios de recuperación empresarial se sistematizaron en torno a la gestión controlada de la empresa.

Sin embargo, con el nuevo sistema se parte de la necesidad de distinguir entre las empresas insolventes que pueden o no ser consideradas económicamente viables. Si la empresa no tiene expectativas de mejora financiera, no cabe imponer más sacrificios a sus acreedores. En un lúcido pasaje de la Exposición de Motivos del Código se afirma: «*Los programas de recuperación económica de la empresa insolvente no son planes de caridad evangélica aplicados a los que de ella dependen, porque no es en esa vertiente de la vida social donde la caridad encuentra su lugar propio*». Por tanto, la quiebra se reserva para las empresas insolventes que, además, sean económicamente inviables, y sólo las empresas insolventes que demuestren tener realmente viabilidad económica pueden acogerse a las medidas de recuperación.

El proceso de **quiebra** se caracteriza por el aligeramiento de sus trámites. Así, el proceso se extingue inmediatamente en caso de falta de activo realizable. Se permite poner fin rápidamente al proceso con un acuerdo extraordinario de liquidación. Las operaciones de liquidación se realizan de manera inmediata (sin tener que esperar a la conclusión de las operaciones de reconocimiento y graduación de créditos, cuya prolongación se traduce en el demé-

to de los activos) y se facilita la rápida transmisión del patrimonio empresarial. Se simplifica el sistema de recursos a las resoluciones dictadas en el proceso.

Pero, sin duda, la mayor novedad que se incorpora al proceso de quiebra es el tratamiento de los créditos privilegiados. La experiencia práctica demuestra que la proliferación de privilegios produce efectos perniciosos sobre las posibilidades de recuperación empresarial: los acreedores privilegiados, conscientes de su segura situación, se desentienden de la suerte del deudor en el proceso concursal; los acreedores ordinarios no van a seguir dándole más crédito cuando la situación de insolvencia es inminente, porque temen que los créditos privilegiados agoten el exiguo patrimonio del deudor. Por tanto, los sacrificios que las medidas de recuperación implican para los acreedores (sacrificios que el Código justifica en razones de solidaridad nacional, económica y social) exigen que la Administración Pública empiece por dar ejemplo, y así el «revolucionario» art. 152 establece que, declarada la quiebra, se extinguen inmediatamente los privilegios crediticios del Estado, los municipios y las instituciones de seguridad social, cuyos respectivos créditos pasan a ser exigibles como créditos ordinarios.

Como ya se ha indicado, el proceso de **recuperación de empresas** se instrumenta a través de cuatro medidas posibles: el concordato, el acuerdo de acreedores, la reestructuración financiera y la gestión controlada. Elemento común de ambas es la mayoría requerida para su aprobación: el 75%, al menos, de los créditos reconocidos (tanto comunes, como preferentes), siempre que no se opongan acreedores que representen, al menos, el 75% de los créditos afectados por la medida.

El concordato y el acuerdo de acreedores dejan de ser consideradas meras medidas suspensivas o preventivas de la liquidación del patrimonio del deudor, para devenir instrumentos jurídicos de recuperación de empresas económicamente viables. Por ello, la remisión que se pacte de las deudas se entiende sin perjuicio de que el deudor alcance mejor fortuna en un plazo de 10 años. La adopción de estas medidas va precedida del análisis empresarial por el gestor judicial, y requiere la aprobación de los acreedores.

La reestructuración financiera consiste en medidas de saneamiento financiero aprobadas por los acreedores, con el fin de reestructurar el pasivo

del deudor, a fin de alcanzar una situación de patrimonio neto y fondo de maniobra positivos. Esta medida tiene un menor calado que la gestión controlada, ya que la reestructuración financiera comprende actuaciones más simples, de ejecución inmediata o a corto plazo, y por ello no hay necesidad de sustituir al administrador de la empresa ni de elaborar un plan global de actividad.

La gestión controlada supone la aprobación de un plan de actuación empresarial, de duración flexible, y cuya ejecución se encomienda a una nueva administración.

En fin, la prioridad de las medidas de recuperación empresarial se confirma por una serie de incentivos fiscales que las acompañan. Por otra parte, se disciplinan los aspectos jurídico-contables de las consecuencias patrimoniales derivadas de la realización de tales medidas.

3.3. Francia

El Derecho Concursal francés (agrupado bajo la rúbrica de *droit des entreprises en difficultés*) se recoge en: la **Ley núm. 84-148, de 1-III-1984**, relativa a la prevención y al arreglo amistoso de las dificultades de las empresas; la **Ley núm. 85-98, de 25-I-1985**, relativa al saneamiento o reestructuración judicial (*redressement judiciaire*) y a la liquidación judicial de empresas; y la **Ley núm. 85-99, también de 25-I-1985**, relativa a los administradores judiciales, mandatarios-liquidadores y expertos en diagnóstico de empresa.

Las dos primeras leyes han sido modificadas por la **Ley 94-475, de 10-VI-1994**, relativa a la prevención y al tratamiento de las dificultades de las empresas. Con esta Ley se persiguen varios objetivos: intentar que los mecanismos de prevención sean más eficaces; acelerar y simplificar el curso del procedimiento; mejorar la suerte de los créditos, en particular, la de aquéllos con garantía hipotecaria (especialmente en el caso de que la empresa insolvente sea liquidada); reducir los efectos de «contagio» que suponen las insolvencias en cadena; y, en fin, moralizar los planes de saneamiento, evitando que desemboquen en liquidaciones diferidas.

El sistema francés sobre empresas en situación de crisis económica se compone básicamente de dos piezas: una que podríamos denominar Derecho Preconcurso; y otra que constituye el Derecho Concursal propiamente dicho. Este sistema se caracteriza por considerar un doble momento en las medidas que pueden adoptarse para remediar la situación de crisis económica empresarial. El punto que separa ambos momentos es la cesación de pagos.

Antes de que ésta se produzca no cabe acudir a procedimientos colectivos, sino que para esta fase **preconcurso** la Ley de 1984 pretende reforzar los mecanismos de prevención y alerta, y asimismo estimula el acuerdo entre el deudor y sus acreedores mediante un arreglo amistoso (*règlement amiable*). Para ello tiene como principios rectores la rapidez y la discreción. El sistema preventivo se articula, sobre todo, a través de la instauración de un sistema de información que permita previsiones fiables sobre la situación financiero-patrimonial de la empresa. Entre los mecanismos de alerta tiene un papel muy importante el deber de control impuesto a los auditores de cuentas. Con todo ello se trata de diagnosticar a tiempo los indicios de que la empresa se encuentra en dificultades financieras, a fin de evitar que se degrade progresivamente. El arreglo amistoso entre el deudor y sus acreedores tiene un carácter marcadamente extrajudicial; sin embargo, desde 1994 cabe acudir al juez para que éste homologue el acuerdo u ordene la suspensión provisional de los pagos.

De otro lado, cuando los anteriores remedios fallan, entra en juego el **Derecho Concursal**. Con él se trata, claro está, de adoptar el tratamiento conveniente de las insolvencias, bien a través de la liquidación empresarial para el pago de los créditos, bien mediante la reestructuración empresarial (que puede desembocar en la continuación de la empresa o en su cesión). Esto se articula a través de los procedimientos concursales, de marcado carácter judicial, de los que se ocupa la Ley núm. 85-98, de 25-I-1985. Esta Ley instaura una diversidad de procedimientos en función de la dimensión de la empresa: uno general, para empresas de grandes dimensiones (con al menos 50 trabajadores o con una cifra de negocios superior a veinte millones de francos); y otro simplificado, para las restantes empresas, que es el que se utiliza mayoritariamente. Este sistema sustituye a los anteriores procedi-

mientos del arreglo judicial, la liquidación de bienes y la suspensión provisional de pagos, cuya legislación databa de 1967.

Los actuales procedimientos colectivos de saneamiento y liquidación afectan tanto al deudor (limitando su capacidad gestora, si bien durante el período de observación la intensidad de la intervención es variable en función de las necesidades de tutelar los intereses de los acreedores y de garantizar el saneamiento de la empresa), como a sus acreedores (por el litisconsorcio activo necesario que comportan).

En el plano orgánico, otra Ley de 25-I-1985, la núm. 85-99, regula tres tipos de profesionales que se intervienen en el desarrollo de estos procedimientos. Por una parte, los *administradores judiciales*, que se encargan de gestionar (o asistir en la gestión o vigilarla) el patrimonio empresarial sometido al procedimiento de saneamiento judicial. En segundo lugar, los *mandatarios-liquidadores* que, como son mandatarios judiciales para la liquidación de empresas, representan a los acreedores en las operaciones de determinación del pasivo, y realizan los bienes del deudor en caso de liquidación judicial. Y, por último, los *expertos en diagnóstico*, quienes –en la fase preliminar de observación– analizan si la empresa puede ser saneada o si debe liquidarse.

Como ha quedado dicho, una vez producida la cesación de pagos, entran en juego los procedimientos colectivos (regulados en la Ley núm. 85-98). Para ello existe una primera fase de observación, a fin de que, mediante un informe del administrador judicial sobre la situación de la empresa, se pueda advenir el calado de la crisis económica, y en función de lo que resulte de este análisis, el juez decida la liquidación (esto es, la liquidación del activo para con su producto pagar el pasivo) o el saneamiento empresarial (a través de un *plan de redressement*).

Durante dicha fase de observación, la empresa continúa su actividad. Ello no obstante, cuando la empresa ha cesado totalmente su actividad o su saneamiento es manifiestamente imposible, la Ley de 1994 prevé que se pueda declarar inmediatamente la liquidación judicial sin abrir la fase de observación. De lo cual resulta que con esta Ley se establece un mecanismo alternativo: o el saneamiento judicial o la liquidación judicial inmediata.

Con carácter general, este período de observación tiene una duración inicial máxima de seis meses, que puede prorrogarse por otros seis meses y, excepcionalmente, por ocho meses más. Existe, sin embargo, un procedimiento simplificado en el que el período de observación se abrevia (cuatro meses, renovables por otros cuatro), ya que la reducida dimensión de la empresa posibilita un diagnóstico rápido.

Concluida la fase de observación, se abre la fase definitiva que puede desembocar en dos soluciones: la liquidación o el saneamiento (y éste, a su vez, puede instrumentarse mediante la cesión empresarial o la continuación). La opción entre las dos alternativas –liquidación o saneamiento– depende de la gravedad de las dificultades financieras de la empresa. Si no es posible sanear la empresa, el juez decidirá su liquidación. En el caso de que se decida el saneamiento, éste puede realizarse a través de la continuación empresarial, de modo que la actividad empresarial se mantiene en el seno de la propia empresa, si bien su pasivo se ha reestructurado a resultas del plan aprobado. Pero si el saneamiento discurre a través de la cesión, la actividad empresarial se desarrollará en el seno de otra empresa (cesionaria); esta cesión puede ser total o parcial, y cabe incluso combinarla con la fórmula de la continuación.

3.4. El Reglamento comunitario sobre procedimientos de insolvencia

En los procedimientos concursales en los que el centro de los intereses principales del deudor esté ubicado en la Comunidad Europea se aplicará, –a partir del 31-V-2002– el *Reglamento (CE) 1346/2000*, de 29-V-2000, sobre procedimientos de insolvencia.⁽⁴⁾ En él se establece la competencia judicial, el reconocimiento y efectos de las resoluciones dictadas en los procedimientos de insolvencia, y el derecho aplicable en los mismos.

Por procedimientos concursales se entienden los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor, que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico. Sólo se excluyen los procedimientos relativos a entidades de crédito, aseguradoras o empresas de servicios de inversión.

(4) Diario Oficial de la Comunidad Europea, núm. L 160/1, de 30-VI-2000.

El Reglamento se aplica a los procedimientos concursales en los cuales el **centro de los intereses principales** del deudor esté situado en la Comunidad Europea (centro de intereses principales que, en el caso de las personas jurídicas, se presume que es el lugar del domicilio social). Los **tribunales competentes** para la apertura del procedimiento concursal son los del Estado miembro en cuyo territorio esté dicho centro de intereses principales del deudor. Este procedimiento es el llamado principal, por tener alcance universal y afectar a todos los bienes del deudor. Sin embargo, pueden tramitarse paralelamente procedimientos secundarios en los Estados miembros en que el deudor tenga algún establecimiento: el alcance de dichos procedimientos secundarios se limita a los bienes situados en el Estado en cuestión.

El principio fundamental que inspira este sistema comunitario es el siguiente: la resolución de apertura del procedimiento principal tiene **eficacia directa** en los restantes Estados miembros, salva la posibilidad de que se tramite algún procedimiento secundario.

De ello deriva que la **ley del Estado de apertura** del procedimiento concursal (principal) determina los efectos procesales y materiales del concurso: esto es, las consecuencias sobre las personas y relaciones jurídicas implicadas, y las reglas y efectos de la apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento concursal (incluida, claro está, la eficacia del eventual convenio que se alcance). Esto implica, por ejemplo, que el nombramiento del síndico en el Estado de apertura produce efectos en todos los Estados miembros, y en ellos el síndico también podrá ejercer las facultades propias de su cargo (en particular, las acciones reivindicatorias y rescisorias que procedan en interés de la masa). Sólo se excluyen del referido reconocimiento directo aquellas medidas que limiten la libertad personal y el secreto postal, y aquellas que afecten al orden público de un Estado miembro. De otro lado, se contienen algunas excepciones a la regla de que el procedimiento concursal se rige por la legislación del Estado de apertura: así ocurre en relación con los derechos reales, la admisión de la compensación, los sistemas de pago o compensación en mercados financieros y las relaciones laborales.

Dos medidas se articulan para facilitar esta eficacia directa del procedimiento principal en los restantes Estados miembros. Por una parte, se pre-

vé un sistema de **publicidad** apropiado de la resolución de apertura: ésta se publicará en los Estados miembros en que el deudor tenga algún establecimiento, y se inscribirá en los registros públicos que procedan. De otro lado, se ordena un sistema de **comunicación** del procedimiento a todos los acreedores conocidos que tengan su domicilio o residencia habitual en los restantes Estados miembros.

Segunda parte

**CLAVES PARA
LA REFORMA CONCURSAL**

IV. Unificación legal, de disciplina y de procedimientos

En la actualidad, la regulación concursal, además de estar básicamente compuesta por textos legales muy antiguos, se caracteriza por tres defectos.

- Por una parte, está dispersa en una multiplicidad de cuerpos normativos, en los que en ocasiones se confiere un tratamiento privilegiado a determinados acreedores.
- En segundo lugar, el ordenamiento considera la solución concursal de manera distinta en función de que el deudor insolvente sea o no comerciante.
- Y por último, pretende ofrecer procedimientos distintos según cuál sea la finalidad perseguida (liquidatoria o conservativa).

Puestos a proponer una reforma concursal, sería deseable que ésta naciera con la vocación de regular todos los aspectos materiales y procesales de la situación de insolvencia de un deudor. Y, además, que diera un tratamiento adecuado y completo a la situación de insolvencia de un deudor, se dedique o no profesionalmente al ejercicio de una actividad empresarial, y con indiferencia de la solución que vaya a adoptarse ante la situación de insolvencia.

4.1. Unidad legal

El sistema concursal español vigente no puede ser considerado un auténtico ordenamiento: antes bien, se trata de un desordenamiento que se revela inviable.

En el tratamiento de la insolvencia confluyen, junto a las originarias normas sustantivas recogidas en el Código Civil de 1888/89, en el Código de Comercio de 1885 y en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, normas procesales contenidas esencialmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en el Código de Comercio de 1829 y en la propia Ley de Suspensión de Pagos. Y con el paso del tiempo han proliferado en el ordenamiento jurídico-privado diversas disposiciones legales que disciplinan aspectos relacionados con el concurso, ordinariamente al hilo del reconocimiento de determinados privilegios o la exclusión de ciertas consecuencias generales del concurso. Así, por ejemplo, se especifica el alcance de la declaración concursal sobre determinados contratos, que tienen una regulación especial: Ley de Contrato de Seguro de 1980, Ley del Contrato de Agencia de 1992, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del 2000. O se matiza el alcance de la sanción de ineficacia en el período de retroacción de la quiebra: Ley del Mercado Hipotecario de 1981, Ley del Mercado de Valores (en la reforma de 1998), Ley reguladora de las Entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras de 1999. O se privilegia el tratamiento de determinados créditos, reconociéndoles un derecho de preferencia de cobro, o de ejecución separada, o de abstención en el convenio: Ley de Hipoteca Naval de 1893, Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 1954, Ley del Contrato de Seguro de 1980, Ley de Propiedad Intelectual de 1996, Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 1998.

Y esto por referirnos sólo al ámbito del Derecho Privado. Porque además, existen otras normas de naturaleza administrativa y laboral que regulan los intereses económicos de acreedores privilegiados (como son las administraciones públicas y los trabajadores) ante la insolvencia de su deudor. En tales normativas se reconocen preferencias de cobro, derechos de abstención en el convenio y, lo que es más importante, la posibilidad de ejecutar los créditos al margen del concurso.

Esta disparidad normativa aumenta la confusión sobre la suerte que puede correr un proceso concursal y da pie a abusos. Por eso es necesario integrar en un solo texto normativo todos los aspectos sustantivos y procesales que afectan al concurso. Pero es que, además, no existe ninguna razón para dejar fuera de la Ley Concursal la regulación de las posiciones jurídicas de la Hacienda Pública, de la Seguridad Social, o de los trabajadores, ante la situación de insolvencia de su deudor.

La unidad legal debe extenderse también a las normas de Derecho Internacional Privado, máxime en una época como la actual caracterizada por la globalización de la economía, con lo que es muy frecuente que las empresas desarrollen su actividad económica en una pluralidad de Estados. Hay que prever cuándo y cómo debe tramitarse el concurso ante los tribunales españoles, y la extensión de sus efectos fuera de nuestras fronteras. En este sentido parecen acertadas las previsiones del Anteproyecto de Ley Concursal (artículos 199-230).

4.2. Unidad de disciplina

Históricamente ha existido un tratamiento diverso para las situaciones de insolvencia, en función de que el deudor fuera o no comerciante. Como medida de protección del tráfico económico, y en atención de las graves consecuencias que traía consigo la insolvencia de un comerciante, éste era tratado con mayor rigor. Ello justificaba una regulación distinta a la generalmente dispuesta para el deudor no comerciante, y con esta vocación se originó el procedimiento de quiebra. Con el paso del tiempo, sin embargo, esta severidad en el tratamiento del comerciante insolvente se ha venido mitigando, concediéndosele la posibilidad de acudir a expedientes más beneficiosos (en nuestro país, la suspensión de pagos). Por otro lado, en la práctica se ha constatado que la mayoría de los procedimientos de insolvencia el deudor es un empresario, siendo muy excepcional el concurso de un deudor civil.

Sin duda alguna, la circunstancia de que el deudor insolvente sea un empresario debe tener consecuencias en el tratamiento de su insolvencia. En especial, las derivadas del deber público de llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su empresa. Pero estas especialidades propias de la condición de empresario no justifican una dualidad de procedimientos, sin perjuicio de que tales especialidades se reflejen en exigencias concretas dentro de un mismo procedimiento concursal, requeridas sólo para el caso de que el deudor sea empresario.

4.3. Unidad de procedimiento: la posibilidad de procedimiento simplificado

El procedimiento concursal puede concluir con distintas soluciones: fundamentalmente, la liquidación o la continuación empresarial a través del

convenio. Ahora bien, esta diversidad de soluciones no es incompatible con el tratamiento común de la primera fase del concurso, de apertura del mismo y adopción de las primeras medidas de aseguramiento. En otras palabras: las salidas del concurso pueden ser varias, pero la entrada al mismo debe ser única. Ello implica la existencia de un solo procedimiento, por el cual deba discurrir la insolvencia de cualquier deudor común, que esté configurado con la flexibilidad suficiente como para permitir que, tras una primera fase común, pueda optarse por una solución liquidatoria o por otra concordataria, cada una de ellas con sus trámites específicos.

De esta manera se acabaría con la paradoja actual de que procedimientos totalmente distintos como son la quiebra y la suspensión de pagos, originariamente concebidos para dar soluciones distintas a situaciones también distintas, estén siendo usados para finalidades contrapuestas: quiebras que concluyen con convenios de continuidad, y suspensiones de pagos en las que se persigue y alcanza la liquidación. Con la situación presente se origina la falsa apariencia de que son procedimientos intercambiables, pero lo cierto es que las consecuencias jurídicas de seguirse uno u otro procedimiento son distintas. Por citar algún ejemplo, no hay más que fijarse en los efectos de la quiebra sobre la persona del quebrado (a quien se inhabilita y arresta domiciliariamente) y sobre sus bienes (de los que es desposeído), o en el alcance de la retroacción de la quiebra; y contrastarlos con lo que ocurre en la suspensión de pagos: el suspenso mantiene, por lo general, la gestión de sus negocios, si bien bajo la supervisión de la intervención judicial, y no existe propiamente retroacción.

Es necesario, pues, simplificar la disparidad de procedimientos, a través de uno solo que permita la dualidad de soluciones. Ello significa que la situación económica que ha de conducir a la apertura del procedimiento sea la misma (la insolvencia), con independencia de que, una vez iniciado el procedimiento, se exijan unas circunstancias distintas para optar por una u otra solución.

Estos tres postulados –unidad legal, unidad de disciplina y unidad de procedimiento– han estado presentes en todos los intentos de reforma de nuestra legislación concursal desde 1959. También los recoge el Anteproyecto de Ley Concursal del 2001.

En otro orden de cosas, en el seno de este procedimiento unificado sería conveniente introducir algunas simplificaciones cuando el deudor insolvente sea un consumidor o un empresario de pequeñas dimensiones (para este segundo caso podría acogerse el criterio establecido legalmente para la formulación de balance abreviado). En Derecho Comparado existen abundantes ejemplos de procedimientos concursales simplificados: así ocurre en Alemania,⁽¹⁾ en Francia,⁽²⁾ en Perú⁽³⁾...

Estas especialidades procedimentales se traducirían en dotar de mayor rapidez al procedimiento: por ejemplo, acortando el plazo en que el administrador judicial ha de emitir su informe y los documentos anexos, ya que en estos casos la fase preparatoria reviste menor complejidad. De otro lado, se tendrían que abaratar los costes del procedimiento, para lo cual se designaría un único administrador judicial (que reuniese la condición de auditor).

Ahora bien, la simplificación procedimental se fundamenta en el menor volumen (y, por tanto, la mayor simplicidad) de las operaciones sobre las masas activa y pasiva, con lo cual se puede lograr la reestructuración del pasivo de estos deudores con menores costes. Pero ello no ha de conducir a que este procedimiento simplificado devenga un procedimiento concursal «de segunda». Si se implanta, cabe esperar que –por los sujetos a los que puede afectar– su aplicación práctica sea notable. Por consiguiente, el procedimiento simplificado no puede implicar, en absoluto, que se reduzcan las garantías para el deudor, de manera que su concurso se ventilara con una solución expeditiva. Así las cosas, en el procedimiento simplificado del concurso de un empresario se mantendría el criterio general de atribución de competencia a juzgados especializados. Esta regla sólo decaería en el caso de concurso de consumidores, a quienes ha de procurarse una justicia de proximidad.

(1) En la regulación específicamente dispuesta para los procesos concursales de consumidores y otros de menor importancia, los §§ 311 a 314 de la *Insolvenzordnung* alemana contienen las reglas del proceso concursal simplificado.

(2) El procedimiento simplificado se prevé en el artículo 2 y se desarrolla en los artículos 137 a 147 de la Ley francesa 85-98 de 25-I-1985, modificada por la Ley 94-475, de 10-VI-1994.

(3) La Ley de Reestructuración Patrimonial peruana de 1996, aprobada por Decreto Legislativo núm. 845 (El Peruano, 21-IX-1996, n. 5925) regula el procedimiento simplificado en los artículos 91 a 104. Este procedimiento se caracteriza por contener menores exigencias documentales y de publicidad, y por poder presentarse ante un notario público. Además, el contenido mínimo del llamado «convenio de reprogramación de pagos» se fija taxativamente por ley.

V. Presupuestos del concurso

5.1. Presupuesto subjetivo

Parece aconsejable que la futura regulación concursal contenga en un solo texto las normas por las que ha de regirse el tratamiento de la insolvencia de un deudor, sea éste comerciante o no. Ciertamente no existen poderosas razones técnicas para apoyar la unidad o dualidad de sistemas, en función de la condición que tenga el deudor. De hecho, hay ordenamientos recientes (como el portugués o el mejicano) que mantienen una normativa específica para el concurso mercantil.

Pero en el caso español, puestos a reformar el arcaico sistema concursal, resulta preferible unificar la disciplina en un solo cuerpo normativo.

La regulación de la insolvencia en una misma ley y la previsión de un mismo régimen general no excluye, sin embargo, la necesidad de realizar previsiones específicas para la insolvencia del comerciante, en atención a las especialidades que conforman su estatuto jurídico y que, como ya se ha indicado (capítulo 4.3), junto a un procedimiento general (básicamente previsto para la gran y mediana empresa) se prevea un procedimiento simplificado para pequeños empresarios y consumidores. En efecto, una cosa es que no se distinga entre deudores privados en punto a su sometimiento al concurso, y otra que la condición subjetiva del deudor (por ser consumidor, o por ser pequeño empresario, acudiendo por ejemplo al mismo criterio de dimensión utilizado legalmente para permitir la posibilidad de formular balance abre-

viado) se tenga en cuenta a efectos de que su concurso se pueda tramitar a través de un procedimiento simplificado.

De otro lado, se ha de mantener el criterio tradicional de excluir del concurso al Estado, sus organismos autónomos, y demás Administraciones Públicas.⁽¹⁾

5.2. Presupuesto objetivo

Se entiende por presupuesto objetivo del concurso la situación económica del deudor que justifica la apertura del procedimiento concursal sobre su patrimonio. Esto es, cuándo procede declarar a un deudor en concurso de acreedores y, por tanto, cuándo debe el deudor solicitar esta declaración o cuándo pueden pedirla sus acreedores. Parece claro que la solución concursal ha de quedar reservada para los deudores insolventes: esto es, para aquellos que no pagan sus deudas.

No obstante, esta cuestión ha suscitado una viva controversia en nuestro Derecho. Al aplicar la normativa actual, para que un comerciante pueda ser declarado en quiebra, entran en conflicto la cesación generalizada en los pagos, con la idea tan extendida de que la quiebra responde a una insuficiencia patrimonial; y ambos criterios (la cesación en los pagos y la insuficiencia patrimonial) los encontramos mezclados en el caso del concurso del deudor civil.⁽²⁾ El problema consiste en decidir si procede la quiebra de un comerciante que ha dejado de pagar generalizadamente sus obligaciones, pero que cuenta con bienes suficientes para cubrir sus deudas. Esta cuestión estaba en la base del famoso caso planteado con la quiebra de la *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.*, declarada en 1948.

Así las cosas, la futura Ley Concursal ha de definir en términos claros la **situación de insolvencia** que justifica la apertura del procedimiento concursal, y acabar así con la confusión que en este punto caracteriza al Derecho español vigente.

(1) En consonancia con la imposibilidad de despachar mandamientos de ejecución ni ordenar embargos contra los bienes del Estado y de las Administraciones Públicas (art. 44 Ley General Presupuestaria).

(2) Artículo 1913 del Código Civil: «El deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, deberá presentarse en concurso ante el tribunal competente luego que aquella situación le fuere conocida».

En Derecho Comparado no faltan definiciones de insolvencia. En Portugal se considera en situación de insolvencia «la empresa que, por falta de medios propios o por falta de crédito, se encuentre imposibilitada de cumplir puntualmente sus obligaciones».⁽³⁾ Y en Derecho alemán, la incapacidad de pago es el presupuesto general de apertura del procedimiento concursal: se entiende que el deudor es incapaz de pagar cuando no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago vencidas; y, como regla general, la incapacidad de pago se supone cuando el deudor ha cesado en los pagos.⁽⁴⁾ La norma alemana no va más allá, puesto que para la interpretación de estas nociones su jurisprudencia atesora nutridos y consolidados criterios. Junto a la incapacidad de pago como presupuesto objetivo general, se establecen otros dos específicos: la incapacidad de pago inminente o amenazadora, que sólo cabe en el caso de que sea el propio deudor quien solicite la apertura del procedimiento de insolvencia;⁽⁵⁾ y el sobreendeudamiento, que se limita para el caso de las personas jurídicas.⁽⁶⁾

En nuestra opinión, la cuestión del presupuesto objetivo del concurso ha de resolverse de manera clara y sencilla. Ello requiere, en primer lugar, partir de un concepto jurídico general de la insolvencia, formulado en términos claros. Éste podría ser: se encuentra en situación de insolvencia el deudor que no paga sus obligaciones exigibles.

En efecto, insolvente es quien no paga *sus* deudas. Pero, como se trata de no pagar las deudas, no cualquier impago de alguna de ellas justifica la declaración concursal. Se exige, pues, que este incumplimiento sea generalizado y ostensible. Para ello, y a fin de unificar la práctica judicial, sería conveniente determinar unos parámetros materiales y temporales en los que se produce esta situación de insolvencia. La importancia de las deudas y su número ha de ser ponderada por el juez en cada caso, para llegar al convenci-

(3) Art. 3 del *Código das Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência* (aprobado por *Decreto-Lei* nº 132/93, de 23-IV-1993).

(4) En estos términos define la incapacidad de pago (*Zahlungsunfähigkeit*) el § 17 de la *Insolvenzordnung* alemana de 5-X-1994.

(5) El deudor corre el riesgo de devenir insolvente cuando presumiblemente no estará en condiciones de cumplir las obligaciones de pago contraídas en el momento de su vencimiento (§ 18 de la *Insolvenzordnung* alemana, que define así la *drohende Zahlungsunfähigkeit*).

(6) La situación de sobreendeudamiento (*Überschuldung*) se da cuando el patrimonio del deudor no cubre las obligaciones contraídas, y para la valoración del patrimonio del deudor ha de partirse de que la empresa va a seguir en funcionamiento, cuando -atendidas las circunstancias- esta continuación sea altamente probable (§ 19 de la *Insolvenzordnung* alemana).

miento de que el impago es generalizado, sin necesidad de que sea total ni completo. Sin embargo, el parámetro temporal puede ser fijado legalmente y de manera unitaria para todos los impagos: por ejemplo, un plazo de seis meses. De esta manera, se considerará insolvente a quien deje de pagar una pluralidad de deudas exigibles desde hace más de seis meses.

La insolvencia ha de ser actual; sin perjuicio de ello, si el deudor prevé que su situación de insolvencia será inminente, puede adelantarse a que esta situación se produzca acogiéndose voluntariamente al concurso.

Así pues, la alegación del deudor de que tiene bienes suficientes para cubrir sus deudas no ha de impedir la declaración del concurso, si se constata aquella cesación generalizada en los pagos. Por tanto, se desvincula la idea de insolvencia de la noción de insuficiencia patrimonial, de modo que al concurso debe ir el deudor que deja de pagar (en unos márgenes temporales y cuantitativos), con independencia de que su activo cubra su pasivo. Una vez solicitada la declaración de concurso por algún acreedor, el deudor no podrá impedir esta declaración alegando su suficiencia patrimonial. Tan sólo podrá oponerse a la declaración, justificando que está al corriente en los pagos.

Nos parece que el Anteproyecto de Ley Concursal del 2001 arrastra la confusión de vincular la insolvencia con la imposibilidad de pagar las obligaciones, y es excesivamente prolija en la enumeración de los supuestos reveladores de dicha insolvencia. En particular, y en relación con el incumplimiento generalizado de las deudas, no se advierte la razón de indicar determinados y diferentes plazos para el impago de ciertas deudas (un año para deudas tributarias y de Seguridad Social, seis meses para las deudas laborales y para las rentas de arrendamientos, compraventas a plazos, y préstamos hipotecarios relativas a locales de negocios), y dejar en la indefinición actual la cesación general en el pago de las restantes deudas.⁽⁷⁾

Unas palabras merecen también la fuga del deudor o el abandono de sus bienes. Éstas son situaciones anacrónicas que respondían a una época histórica en que la quiebra acarreaba graves sanciones incluso sobre la persona del deudor, de modo que, para eludirlas, la mejor solución era fugarse.

(7) Artículo 2 del Anteproyecto de Ley Concursal del 2001, que en buena parte sigue en el elenco de los hechos reveladores de la llamada «situación de crisis económica» del art. 9 del Anteproyecto de 1983.

Conforme ha disminuido la criminalización de las situaciones de insolvencia, han ido desapareciendo estas fugas. En la actualidad es extraño que el deudor se ausente; más común es el cese en la actividad, la inoperatividad empresarial, con el consiguiente cierre de establecimiento. Esto tiene relevancia si quedan deudas pendientes de pago que, naturalmente, dejan de cumplirse. Y por este impago generalizado procede la declaración concursal. Por ello, resulta innecesario mencionar la fuga del deudor o el cierre del establecimiento como presupuestos de la insolvencia.⁽⁸⁾

5.3. Presupuesto formal: concurso voluntario y concurso necesario

El concurso es un estado legal que requiere ser declarado por el juez. Sin perjuicio de que en algún caso el juez pueda declarar de oficio el concurso (*infra*), la declaración judicial ha de ser solicitada o por el propio deudor (cumpliendo el deber legal de presentarse en concurso) o por cualquier acreedor legítimo. Si la solicitud proviene del deudor, se habla de concurso voluntario; si la formula algún acreedor, concurso necesario.

Cuando algún acreedor solicita el concurso, el juez, antes de declararlo, debería dar audiencia previa al deudor, con asistencia del acreedor instantáneo. Sin embargo, por la propia naturaleza de las cosas, esta audiencia previa es innecesaria si la solicitud proviene del propio deudor, sin que en este caso se pueda pretender la audiencia de todos sus acreedores antes de declarar el concurso.

Tanto si el concurso se declara a solicitud de algún acreedor como del propio deudor, se ha de acompañar a esta solicitud la acreditación de los presupuestos subjetivo y objetivo del concurso.

En relación con la acreditación del presupuesto subjetivo, y habida cuenta de la unificación de disciplina propuesta, tan sólo se trata de acreditar que el deudor reúne la condición de consumidor o pequeño empresario, para poder acogerse al procedimiento simplificado.

(8) Con todo, la desaparición injustificada del deudor y el abandono de sus bienes se mantienen como hechos reveladores de la insolvencia en el art. 2.4.3º y 4º del Anteproyecto del 2001. También mantiene este criterio el Derecho portugués [art. 8.1.b) y c) del *Código das Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência*].

Por lo que se refiere al presupuesto objetivo, se ha de acreditar documentalmente (y sin perjuicio de la posterior prueba testifical en la vista previa a la declaración concursal) la insolvencia del deudor. En el caso de que la solicitud provenga de algún acreedor, éste ha de justificar también su crédito.

Si el concurso es voluntario, tradicionalmente se ha eximido al deudor de tener que probar su insolvencia (considerándose su solicitud como confesión de aquélla), porque se trataría de acreditar un hecho negativo. Por ello, basta con que declare su insolvencia y que –junto con otros documentos– acompañe a su solicitud la relación de acreedores y sus respectivos créditos. Los documentos que han de acompañarse a la solicitud de concurso voluntario han de referirse a la situación patrimonial del deudor (cuál es la composición de su activo y de su pasivo) y a las causas que han motivado la situación de insolvencia. Con la solicitud el deudor puede ya proponer un convenio.

A efectos del concurso voluntario, cabría admitir también la solicitud cuando exista la previsión de una situación de *insolvencia próxima o inminente*. En este caso, el deudor debería justificar las causas de esta insolvencia inminente que, por lo general, consistirá en la imposibilidad de cumplir obligaciones que están próximas a vencer. Naturalmente, con la solicitud deberá acompañarse la relación de estas obligaciones. Tradicionalmente se ha venido equiparando al deudor que está próximo a quebrar (*proximus decoc-tioni*) con el propiamente quebrado; en nuestro Derecho ello tuvo su plasmación normativa con su consideración como presupuesto objetivo de la suspensión de pagos. Desde 1885, la previsión de la imposibilidad de cumplir las obligaciones a sus vencimientos constituía una de las situaciones que permitía acogerse al beneficio de la suspensión de pagos. En vistas a la reforma concursal, en la que se postula la unidad de procedimientos (quiebra y suspensión de pagos), tiene sentido que el deudor pueda acogerse voluntariamente al concurso estando en una situación de insolvencia inminente. Pero la solución concursal no puede ir mucho más allá; esto es, no puede ser la vía para la prevención de la crisis económica del deudor que se encuentra en dificultades financieras.

5.4. Competencia judicial

La experiencia ha demostrado que la complejidad de cuestiones jurídicas que se ventilan en un procedimiento concursal dificulta su tramitación en juzgados de primera instancia, que en muchos casos lo son también de instrucción. Se advierte, por tanto, la necesidad de una especialización judicial, de modo que el conocimiento de los procedimientos concursales se atribuya a juzgados especializados. Esta especialización permitiría dar un tratamiento más adecuado y prestar la atención necesaria a cada procedimiento para impedir las dilaciones excesivas que en la actualidad acompañan a las quiebras y suspensiones de pagos. Parece, pues, adecuada la propuesta del Ministerio de Justicia, al hilo de la reforma concursal, de crear unos juzgados mercantiles, ubicados en cada capital de provincia y con jurisdicción para toda ella, que conocerían no sólo de los concursos sino también de otras cuestiones mercantiles, cuya complejidad técnica justifica asimismo la especialización judicial. Esta concentración de expedientes concursales en unos juzgados especializados es una medida de orden práctico que facilitaría el éxito de la reforma concursal.

La existencia de unos tribunales especiales en materia mercantil no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico. Su origen se remonta a los consulados de comercio y, después de la codificación, a los tribunales de comercio.⁽⁹⁾ La novedad radica en que, así como antaño la especialización estaba justificada en que las causas de comercio fueran juzgadas de acuerdo con la *equitas* mercantil («la verdad sabida y buena fe guardada a uso del consulado») ajena a disquisiciones jurídicas, ahora en cambio se busca asegurar un conocimiento técnico-jurídico especializado, tanto en los jueces que deben resolver como en los letrados que actúan en ese foro.

Esta medida de atribuir la competencia para conocer de los concursos a juzgados especializados situados en las capitales de provincia parece adecuada cuando el deudor es un comerciante, ya sea individual o social, pero no lo parece tanto cuando sea un consumidor, para quien –por regla general– debe asegurarse una justicia de proximidad. La consideración práctica de los escasos procedimientos concursales interpuestos contra deudores no comerciantes, lleva a obviar este pequeño inconveniente.

(9) Hasta que fueron abolidos por el Decreto de Unificación de Fueros de 6-XII-1868.

En cuanto a la competencia judicial y por lo que se refiere a la de los juzgados españoles, estamos vinculados por las normas de Derecho Internacional Privado y, en concreto, en el ámbito de la Unión Europea por el Reglamento 1346/2000, que entrará en vigor el 31-V-2002. La declaración de concurso de un deudor puede instarse en España siempre que tenga su domicilio o centro de operaciones o intereses principales en territorio nacional. Tratándose de una empresa multinacional, podría pedirse el concurso del deudor respecto de los bienes patrimoniales o empresas que tenga en España, aunque el centro de operaciones se encuentre en otro país. Esto es lo que en terminología del Reglamento se denomina procedimiento o concurso secundario.

Este mismo criterio, que justifica la jurisdicción de los juzgados españoles para conocer de un concurso, es el que deben servir para determinar la competencia territorial: el lugar en que el deudor tenga su domicilio o el centro de operaciones. La revisión de este criterio debe poder hacerla el juez de oficio, tal y como en la actualidad ocurre con la ejecución. El examen de la competencia ha de permitir advertir posibles fraudes derivados del cambio de domicilio social con vistas a presentar el concurso.

VI. La declaración de concurso y sus efectos

6.1. Declaración de concurso: legitimación para solicitarla

6.1.1. La influencia de los intereses protegidos en la legitimación para solicitar el concurso

Con frecuencia se afirma que las instituciones concursales tutelan no sólo intereses privados (de los acreedores y del deudor), sino también intereses públicos o generales. Está muy claro cuáles son tales intereses privados: satisfacer los créditos de los acreedores, y solventar la situación de insolvencia del deudor. Sin embargo, resulta un tanto difícil determinar cuáles son los intereses públicos que se pretenden proteger con el concurso. En términos generales, es la seguridad del tráfico económico: evitar que operen en el mercado sujetos que no pueden pagar sus deudas. Ello se concreta en que las situaciones de insolvencia se encaucen a través del procedimiento concursal normativamente dispuesto.

La confluencia de estos intereses se plasma en la determinación legal de cuáles son las circunstancias que permiten la apertura del concurso, cómo se ha de desarrollar y cuál es la solución (con sus límites) que se adoptará para resolver la situación de insolvencia. Ello se concreta también en la mayor o menor intervención judicial en el proceso y en la posible participación del ministerio fiscal.

Por lo que respecta a la declaración concursal, deberemos cuestionarnos si ésta procede sólo a instancia de los acreedores o del deudor, o si –además y en determinadas circunstancias– cabría la declaración concursal de oficio y/o a instancia del ministerio fiscal.

6.1.2. Declaración de concurso a instancia del deudor

En el caso del deudor insolvente, no hay duda de la **facultad** que tiene de acogerse al concurso si se cumplen los presupuestos legales antes indicados. En España la duda se plantea respecto al posible **deber** del deudor de presentarse en concurso, y procede de la modificación del régimen de la quiebra en 1897, que dejó pendiente la reubicación de este deber. El deber de solicitar el propio concurso responde, pues, a nuestra tradición histórica y es coherente con otras exigencias impuestas por nuestro ordenamiento jurídico. Especialmente las normas societarias imponen a los administradores el deber de promover la disolución social en el plazo de dos meses desde que se constate la situación de pérdida patrimonial grave (bajo la amenaza de responder solidariamente por las deudas sociales)⁽¹⁾ y, una vez la sociedad se encuentra en liquidación, los liquidadores deben solicitar la quiebra de la sociedad cuando adviertan la situación de insolvencia.⁽²⁾ De otro lado, para el deudor civil, el Código Civil mantiene el deber de solicitar el concurso.⁽³⁾

Este deber está unido al ya indicado interés público en mantener la seguridad en el tráfico económico, de manera que se excluyan del mercado aquellos agentes que incumplen sus deudas o se ponga remedio a su situación de insolvencia. Para que esta finalidad se cumpla de manera eficiente, se ha de actuar oportunamente. Así pues, la Ley Concursal ha de imponer al deudor el deber de solicitar el concurso en un plazo determinado desde que se produzca la cesación generalizada de los pagos. Podría sugerirse el plazo de dos meses (el mismo que la legislación societaria establece para el deber de promover la disolución).⁽⁴⁾

(1) Artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

(2) Artículo 281 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 124 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

(3) Artículo 1913 del Código Civil.

(4) En Derecho portugués, el plazo es de sesenta días (art. 6 CPEREF). El Anteproyecto de Ley Concursal del 2001 lo fija, con carácter general, en un mes (artículo 4.1).

Claro está que la imposición de este deber sin más no es suficiente. Antes bien, para garantizar su cumplimiento es necesario establecer estímulos al respecto y sanciones a su inobservancia. Los incentivos pueden consistir en que con la solicitud oportuna del convenio voluntario el deudor pueda presentar la propuesta de convenio, y que el concurso pueda ser calificado como fortuito. Paralelamente, las sanciones por el incumplimiento de este deber serían la calificación del concurso como culpable, con lo cual, si se opta por la solución liquidatoria, el deudor no podría acogerse al beneficio de la liberación de las deudas pendientes.

Lo anterior no excluye que la misma omisión de este deber pueda corresponder al tipo delictivo previsto en el artículo 260 del Código Penal, al considerar que con ello se ha agravado la situación de insolvencia, con el consiguiente riesgo que para la interpretación judicial conlleva la vaguedad de esta noción.

6.1.3. Declaración de concurso a instancia de acreedores

Cualquiera que acredite su condición de acreedor está legitimado para solicitar el concurso de su deudor, siempre y cuando se justifique la situación de insolvencia del deudor, con la pluralidad de acreedores que ésta conlleva. El concurso se fundamenta en la existencia de una pluralidad de acreedores a quienes el deudor no paga. Naturalmente no se exige que todos los acreedores soliciten el concurso del deudor; ni siquiera, que sean varios los solicitantes. Basta con que un solo acreedor pida la declaración de concurso.

En el concurso necesario, y sin perjuicio de las medidas cautelares que puede adoptar el juez tan pronto haya admitido a trámite la solicitud, sería necesario dar audiencia previa al deudor, antes de declarar el concurso.

6.1.4. Declaración de oficio o a instancia del ministerio fiscal

La intervención pública en la promoción del concurso debe limitarse sólo a aquellos casos en los que, estando en curso una causa judicial contra el

deudor, se constate claramente su situación de insolvencia. Esto puede suceder cuando el juez conoce una acumulación de ejecuciones contra un mismo deudor, en la que se advierte la imposibilidad de pago de las deudas. También el ministerio fiscal podría instar el concurso de un deudor cuando en una causa criminal en la que se ve afectado este deudor se revele su situación de insolvencia. En otros ordenamientos expresamente se contempla la declaración concursal de oficio: en Portugal,⁽⁵⁾ en Italia, en Andorra, en Méjico. En ocasiones también se prevé la solicitud de concurso a instancia del ministerio fiscal: así en Derecho portugués.⁽⁶⁾

Con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil cabe la posibilidad de acumular ejecuciones contra un mismo deudor.⁽⁷⁾ La ejecución en el procedimiento civil siempre es a instancia del acreedor legitimado, aunque una vez solicitada la ejecución el procedimiento continúa a impulso del juez, de modo que no se admite la caducidad en la instancia, y sólo se prevé la terminación de la ejecución con la satisfacción del acreedor ejecutante.⁽⁸⁾ Cuando existan varios procesos de ejecución ordinaria contra el mismo ejecutado, la Ley de Enjuiciamiento Civil introduce la posibilidad de que, a instancia de cualquiera de los ejecutantes, el juez ordene la acumulación si lo considera más conveniente para la satisfacción de todos los acreedores ejecutantes. Una vez ordenada la acumulación de ejecuciones, si concurren varios acreedores y, después de las medidas de averiguación de bienes del deudor, se constata la insuficiencia de los mismos para cubrir las deudas, resultaría lógico que el juez –de oficio– acordara el concurso del deudor. En estos casos en los que la *par condicio creditorum* (típicamente concursal) va a sustituir a la preferencia temporal de los embargos, cabría compensar a los acreedores instantes con embargos preferentes del mismo modo que en la Ley de Enjuiciamiento Civil se prevé para la tercería de mejor derecho.⁽⁹⁾ En nuestro caso, una vez practicada la liquidación –y como si de deudas de la masa se tratara–, los acreedores que se vieren afectados por la declaración de concurso mientras estuvieren ejecutando los

(5) Artículo 8.4 del Código portugués, en los casos especialmente previstos en la ley.

(6) Artículo 8.2.3 Código portugués.

(7) Así lo prevé el artículo 555 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(8) Artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(9) El artículo 620.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que no se entregará al tercerista cantidad alguna procedente de la ejecución, mientras no se haya satisfecho al ejecutante las 3/5 partes de las costas causadas hasta el momento en que recaiga la sentencia de tercería.

bienes del deudor embargados por ellos deberán ser compensados previamente al pago del resto de los acreedores, cuando menos en los 3/5 del importe de las costas causadas por tales ejecuciones, hasta el momento en que se declare el concurso. De esta manera se da un trato equivalente a la tercería de mejor derecho y al concurso cuando éste irrumpe con ocasión de una acumulación de ejecuciones singulares.

Si con ocasión de la instrucción o enjuiciamiento de una causa criminal aflora una situación de insolvencia de un deudor común afectado por aquel proceso, puesto que el ministerio fiscal tiene conocimiento directo de esta situación de insolvencia y de la existencia de una pluralidad de acreedores, puede resultar conveniente la incoación del concurso en garantía de los créditos de éstos. No es obstáculo para dicha declaración concursal la existencia del procedimiento penal. La intervención del ministerio fiscal vendría también motivada por la inactividad de los acreedores. Con frecuencia las causas criminales por delitos económicos (ordinariamente, estafas) centran la atención de todos en la propia instrucción penal, limitando las medidas de garantía respecto del patrimonio del deudor que el juez pueda haber adoptado (embargos, intervención o administración judicial...). Lo lógico sería que estas medidas dieran paso a que, previa solicitud del ministerio fiscal ante el tribunal civil competente, pudiera acordarse el concurso y dar una solución a la situación de insolvencia más adecuada a la que por vía de medidas cautelares se sigue en las causas criminales.

6.2. Audiencia previa del deudor

En nuestro vigente Derecho de Quiebras, la declaración se hace sin audiencia previa del deudor. Ello ha sido objeto de severas críticas, por más que el Tribunal Constitucional haya salvado la constitucionalidad de esta regla.⁽¹⁰⁾ Ciertamente aquí confluyen dos intereses contrapuestos: el de los acreedores que quieren evitar que, ante la amenaza de la quiebra y antes de su declaración, el deudor tenga tiempo para realizar operaciones en perjuicio de los acreedores; y el del propio deudor que, sin haber podido contradecir el fundamento de aquella solicitud de quiebra necesaria, se ve declarado en di-

(10) Auto del Tribunal Constitucional de 18-XII-1985. También en la sentencia del Tribunal Supremo de 12-II-1982.

cho estado. La solución a esta tensión de intereses está en conceder audiencia al deudor, adoptando mientras tanto medidas cautelares sobre su patrimonio.

De este modo, los efectos que la declaración de concurso comporta para el deudor aconsejan que, si la solicitud de concurso proviene de algún acreedor, dicha declaración no se acuerde sin haber oído previamente al deudor. Mientras que en el caso del concurso voluntario (o en las restringidas hipótesis en que cabría la declaración de oficio o a instancia del ministerio fiscal) la admisión de la solicitud va unida a la declaración del concurso y, por tanto, ésta despliega sus efectos desde entonces. En cambio en el supuesto de concurso necesario habrá que distinguir dos momentos: la admisión a trámite de la solicitud y la posterior declaración de concurso.

Ante la solicitud del acreedor, el juez deberá examinar su propia competencia, la legitimación de aquél y la acreditación de los presupuestos del concurso. Si el juez admite a trámite la solicitud, deberá convocar inmediatamente a una vista al deudor y al acreedor instante, dando oportunidad al deudor a que pueda contradecir la pretendida situación de insolvencia (presentando prueba de que está al corriente en los pagos) o acreditar la falta de legitimación del acreedor instante. La actividad probatoria de estos extremos debería practicarse en la propia vista, para evitar dilaciones. En los días posteriores a la vista el juez deberá dictar auto declarando el concurso o desestimando la solicitud.

6.3. Efectos cautelares de la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario

En el caso de concurso necesario, la admisión a trámite de la solicitud llevará consigo la convocatoria del deudor y del acreedor instante a la vista, así como la adopción de las medidas cautelares imprescindibles para garantizar la eficacia de una posterior declaración concursal. Estas medidas, tipificadas legalmente, se adoptarán en la providencia de admisión.

Tales medidas deberían consistir, por una parte, en la intervención judicial de la actividad económica del deudor, de modo que desde entonces éste no pueda realizar sin el concurso del interventor (nombrado en la misma

providencia de admisión a trámite) actos de disposición u operaciones propias del tráfico empresarial. De otra parte, se debería dar publicidad registral de la admisión a trámite de la solicitud y del nombramiento del interventor, mediante la anotación preventiva de la providencia de admisión en los registros públicos donde el deudor tenga inscritos bienes o derechos, y en el registro mercantil si se trata de un empresario inscrito en él.

Una vez celebrada la vista, y si se declara el concurso, tales medidas quedarán subsumidas en las propias de la declaración concursal. Si, por el contrario, la solicitud de concurso es rechazada, se levantarán estas medidas cautelares, aunque se hubiera recurrido la resolución desestimatoria del concurso.

6.4. Publicidad de la declaración de concurso

A la declaración de concurso, por sus efectos procesales y materiales, ha de darse la publicidad suficiente, a fin de que lo puedan conocer quienes sean sus acreedores, para facilitar la acumulación de reclamaciones o ejecuciones y, en general, para dar a conocer esta situación en el tráfico económico y que sepan a qué atenerse quienes fueran a contratar con el deudor.

Esta publicidad ha de ser efectiva y su coste debe resultar económicamente proporcionado. Por una parte, se debe dar la correspondiente publicidad registral: en aquellos registros de personas en que esté inscrito el deudor (Registro Civil, Registro Mercantil, otros registros de personas jurídicas), y en los registros públicos en que el deudor tenga inscritos bienes o derechos a su nombre (Registro de la Propiedad, Registro de Bienes Muebles, los diversos registros de la Oficina Española de Patentes y Marcas...).

Para facilitar la acumulación de ejecuciones y reclamaciones al concurso, deberá darse publicidad de la declaración de concurso a todos los juzgados o tribunales de los órdenes civil, laboral y penal del domicilio del deudor o de donde tenga establecimientos. Esta publicidad debe extenderse a los órganos de recaudación correspondientes de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social que conocen de estas ejecuciones administrativas.

Y con carácter general, la declaración de concurso deberá publicarse en el Boletín Oficial del Estado (en una sección especial para los concursos)

y en un diario de amplia difusión. La publicidad en el medio oficial (el Boletín Oficial del Estado) será la determinante para tener por comunicada la declaración del concurso, a los efectos del cómputo de los plazos para su impugnación. El anuncio de la declaración concursal en un medio no oficial persigue contribuir a su efectiva publicidad. En atención a las circunstancias del caso, el juez decidirá qué ámbito de difusión (provincial, nacional) es más adecuado. Además, el juez podrá ordenar la publicidad de la declaración a través de otros medios, no necesariamente escritos (por ejemplo, en páginas web de agencias de información en Internet).

6.5. Revisión de la declaración

Cuando el concurso se declara a instancia de acreedores, y puesto que se ha concedido audiencia previa al deudor y con ella la posibilidad de contradicción, la revisión de esta declaración ha de seguir el sistema de los recursos ordinarios: recurso de apelación, que no suspenderá los efectos de la declaración.

Esta posibilidad de contradicción previa a la declaración concursal no se da, en cambio, cuando la solicitud proviene del propio deudor o cuando, excepcionalmente, la declaración se acuerda de oficio por el juez o a instancia del ministerio fiscal. En estos casos, debería permitirse a los afectados por la declaración oponerse a la misma a través de un incidente, que no suspenda ni los efectos ni la tramitación del concurso y en el que el juez, una vez oídas las partes interesadas y practicada la prueba necesaria (que debería concentrarse en la vista), estime o rechace la impugnación. El objeto de este incidente de oposición será analizar si concurren o no los presupuestos del concurso. La desestimación de la impugnación conlleva la ratificación de la declaración concursal; frente a ella sólo cabrá recurso de apelación, sin efecto suspensivo. Si la impugnación se estima, se dejará sin efecto la declaración de concurso y con ello las consecuencias que hubiera desplegado; contra esta resolución cabría también recurso de apelación, sin efecto suspensivo.

6.6. La ‘vis atractiva’ del concurso

6.6.1. Acumulación de ejecuciones

Para que el procedimiento concursal pueda realmente cumplir su finalidad –servir a la satisfacción *colectiva* de todos los acreedores del deudor común– es necesario que afecte a todos los créditos y reclamaciones patrimoniales que pesan sobre el deudor. De otro modo resultaría inútil, pues las ejecuciones individuales al margen del concurso consumirían el activo patrimonial del deudor, dando prioridad en el cobro a estos acreedores privilegiados por la ejecución separada, y ello en perjuicio del resto de acreedores.

La única excepción a esta acumulación o atracción de reclamaciones y ejecuciones hacia el concurso sólo cabe encontrarla en la ejecución de garantías reales, por su propia naturaleza, ya que el bien está especialmente afecto a la satisfacción del crédito garantizado, con independencia de quién sea su titular (la reipersecutoriedad inherente a todo derecho real de garantía). Sin embargo, el mantenimiento del privilegio de ejecución separada ha de atemperarse con la necesidad de evitar que la proximidad del concurso o su declaración acelere la ejecución de las garantías reales, y con ello pudiera abortarse la posibilidad de continuar la empresa a través de un convenio concursal. Por ello, parece acertado el criterio seguido en el Anteproyecto de Ley Concursal (artículo 55), al ordenar que se suspenda o impida la ejecución, una vez declarado el concurso, hasta que se apruebe el convenio, o se declare la liquidación y, en todo caso, transcurrido un año desde la declaración de concurso.

Por otra parte, no deberían verse afectados por el concurso las acciones de recuperación de bienes muebles vendidos a plazos con reserva de dominio (debidamente inscrita en el Registro de Bienes Muebles) y de aquellos cedidos en arrendamiento financiero. En tales casos no se está ejecutando garantía real alguna, sino una acción reivindicatoria, que tiene su sede en la *separatio ex iure dominii*.

Fuera del supuesto de las garantías reales, no existe razón que justifique la ejecución al margen del concurso. Por ello deberían cercenarse los ac-

tuales privilegios de ejecución separada reconocidos a los titulares de créditos laborales,⁽¹¹⁾ tributarios⁽¹²⁾ y de la Seguridad Social.⁽¹³⁾

En cuanto al modo de articular la ejecución, y a efectos prácticos, resulta más operativo centrar la acumulación propiamente dicha en las ejecuciones. Esta acumulación de ejecuciones afectaría no sólo a las judiciales (y con independencia de la jurisdicción: incluyendo las civiles, laborales y penales), sino también a las administrativas (en concreto, a las derivadas de créditos tributarios o de Seguridad Social). Se han de paralizar y acumular al concurso estas ejecuciones, ya que son además las que efectivamente pueden afectar a la integridad del patrimonio del deudor que ha de servir para la satisfacción concursal.

Esta acumulación de ejecuciones ha de operar por ministerio de la ley, una vez declarado el concurso. Desde entonces han de suspenderse todos los actos de ejecución y sustituirse todos los embargos por la intervención y/o administración judicial. Y ello sin perjuicio de que se mantengan las anotaciones registrales de tales embargos. En lugar de practicarse una acumulación material de autos al concurso, debería producirse una paralización de los procedimientos de ejecución, remitiéndose estas reclamaciones al concurso, de manera que tales acreedores habrán de insinuar su crédito a fin de que les sea reconocido en el concurso, salvo que el crédito haya sido declarado o reconocido por sentencia judicial firme.

6.6.2. Efectos del concurso sobre los juicios declarativos

En relación con los juicios declarativos (cualquiera que sea el orden jurisdiccional que los conozca) que se estén tramitando cuando se declara el concurso, no es necesario suspenderlos. La resolución judicial declarativa, aunque sea de condena, por sí sola y mientras no se inste la ejecución no perturba la integridad del patrimonio del deudor. Resultaría inviable acumular el propio juicio declarativo al juicio concursal. Es más práctico dejar que el juicio declarativo continúe hasta que se dicte sentencia y, una vez ésta sea

(11) Artículo 32.5 del Estatuto de los Trabajadores.

(12) Artículo 129.2.3 de la Ley General Tributaria.

(13) Artículo 121.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

firme, el acreedor pueda hacer valer este título en el concurso. Esta tramitación paralela no excluye que en el ínterin el acreedor pueda insinuar su crédito en el concurso y obtener allí su reconocimiento.

Por la misma razón antes apuntada y siguiendo la jurisprudencia dictada en relación con la actual suspensión de pagos,⁽¹⁴⁾ no habría inconveniente alguno en que, una vez declarado el concurso, pudieran admitirse nuevas demandas declarativas contra el concursado. Y en este caso no se alteraría, en absoluto, la competencia judicial para conocer el asunto y, por supuesto, no operaría la acumulación al concurso. En este sentido diferimos del criterio adoptado por el Anteproyecto de Ley Concursal (artículo 49.1), que expresamente impide que puedan plantearse nuevas demandas declarativas con trascendencia patrimonial en el orden civil y en el social si no es ante el juez del concurso.

Lo indicado anteriormente para los juicios declarativos es también extensible a los procedimientos arbitrales, de modo que éstos no se impiden ni suspenden por la declaración de concurso y se mantiene en vigencia el convenio arbitral. Eso sí, la ejecución del laudo arbitral quedará paralizada por la declaración de concurso.

6.7. Efectos de la declaración de concurso sobre el patrimonio del deudor

La garantía de los acreedores para el cobro de sus créditos radica en el patrimonio del deudor.⁽¹⁵⁾ La declaración de concurso debe preservar la integridad de este patrimonio. Para ello puede optarse, según las circunstancias, entre una simple *intervención judicial* (en la que el deudor conserva la disposición y administración de sus bienes) y una *administración judicial* (en la que el deudor se ve desposeído de tales facultades).

En los casos de concurso voluntario procede, en principio, acordar la intervención judicial, sin perjuicio de que concurren circunstancias que justifiquen que esta medida se amplíe hasta la administración judicial.

(14) Artículo 9.III de la Ley de Suspensión de Pagos.

(15) En virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 del Código Civil: «Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

Cuando el concurso es necesario, ya hemos apuntado que la simple admisión a trámite debería implicar como medida cautelar la intervención judicial. Una vez realizado el trámite de audiencia del deudor, y declarado el concurso, la intervención debería convertirse en administración judicial, salvo que el juez advierta que concurren motivos que aconsejen mantener al deudor en la gestión de sus bienes, sujeto a la intervención judicial.

Las circunstancias que, en uno u otro caso, pueden dar lugar al tránsito desde la simple intervención judicial a la administración judicial, y viceversa, responden básicamente a tres factores: la situación patrimonial del deudor; la continuación de la actividad empresarial; y la conveniencia para la masa de acreedores de que el deudor siga al frente de sus negocios.

En relación con este órgano de intervención o administración, estará compuesto por tres personas (en el caso del procedimiento ordinario) o una (si el procedimiento es abreviado).

Cuando se trata de un procedimiento ordinario (el previsto para medianas y grandes empresas), este órgano ha de estar integrado por tres personas. La concreción numérica de esta pluralidad de miembros en tres (y no dos) es simplemente para facilitar la adopción de acuerdos por mayoría. De estos tres miembros, uno de ellos ha de ser técnico (por ejemplo, un auditor de cuentas) y será designado por el juez, a su prudente criterio, ya que se trata de un cargo de confianza. Los otros dos miembros serán nombrados, también por el juez, entre los acreedores, de acuerdo con las siguientes reglas: si concurren acreedores «civiles» con acreedores laborales, Hacienda Pública o Seguridad Social, uno de tales miembros necesariamente deberá provenir de los acreedores «civiles» (ordinariamente el acreedor que tenga el crédito de mayor importe); el juez designará al tercer miembro en función de la mayor importancia de los créditos de la Administración o de los trabajadores. Como se ve, en el nombramiento de estos cargos han de evitarse trámites excesivamente dilatorios, como sería la convocatoria de una junta para la designación de representantes de los acreedores; a la postre, resulta más operativa la designación y el control judiciales (puestos a pedir responsabilidades, es preferible la judicial); lo mismo vale en los casos de ampliación de funciones desde la intervención a la administración judicial.

En el procedimiento simplificado (destinado para consumidores y pequeñas empresas) bastará con la designación judicial de un solo auditor como interventor o administrador judicial, para reducir los costes del procedimiento.

La retribución del interventor/administrador deberá ser aprobada por el juez, a propuesta del interesado y con audiencia del deudor y de los acreedores personados. La retribución ha de venir determinada en atención de la complejidad del concurso, la dedicación que exija la intervención/administración y el patrimonio del concursado.

Para facilitar el control de la intervención o la administración, ésta deberá presentar informes mensuales al juez sobre el curso de las operaciones, y un informe anual (adjuntando las cuentas anuales, si el concursado es empresario mercantil), con la consiguiente responsabilidad por falsedad cuando los informes no respondan a la realidad. Estos informes estarán a disposición de cualquier acreedor (y del deudor, si está sujeto a administración) en la secretaría del juzgado.

Todas estas medidas debieran contribuir a la transparencia en la gestión del patrimonio del concursado.

6.8. Efectos de la declaración de concurso sobre el deudor

No tiene sentido mantener el arresto del deudor (que en el Derecho vigente se aplica, aunque limitadamente, para el quebrado). Se trata de una figura que limita inútilmente los derechos del deudor. La declaración (civil) de concurso no justifica la privación de libertad del deudor. Ni siquiera en los casos en que el deudor es separado de la administración de sus bienes.

Por cuanto se refiere a las facultades de disposición y administración sobre el patrimonio afecto al concurso, si se limitan a una simple intervención judicial, el deudor conservará tales facultades, si bien quedará sujeto a la necesaria supervisión del interventor. En cambio, si se opta por la administración judicial, el concursado queda privado de dichas facultades de disposición y administración. A efectos prácticos, y tratándose de un empresario, el deudor (o los administradores sociales) quedarían separados de la gestión.

La mera declaración de concurso no debe producir la inhabilitación para el comercio del deudor o de los administradores sociales. Este efecto ha de quedar a expensas de lo que resulte en la pieza de calificación, reservándose para los casos en que el concurso sea fraudulento. Del mismo modo ocurre con la inhabilitación para ejercer un cargo tutelar, aunque en este caso bastará con que el concurso sea calificado como culpable.

6.9. Efectos de la declaración sobre los créditos y sobre las relaciones bilaterales pendientes de cumplimiento

6.9.1. Efectos sobre los créditos: el problema de la compensación

En relación con los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos, lógicamente las operaciones concursales deben partir de una clara determinación del pasivo del deudor. A esta finalidad responden las previsiones tradicionales del vencimiento de las obligaciones a plazo, el cese del devengo de intereses (salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios) o la conversión en dinero (expresándose en moneda de curso legal) de las obligaciones que tengan otra naturaleza.

Más problemática resulta la cuestión de la admisibilidad de la compensación en el concurso. Guiados por el principio de asegurar un trato igual a todos los acreedores afectados por el concurso, debemos partir del principio general de que los acreedores no pueden compensar los créditos y deudas que tengan con el concursado. En nuestro Derecho la compensación es una forma de extinción de las obligaciones, por lo que, salvo que se hubiera realizado con anterioridad a la declaración de concurso (o a la admisión a trámite del concurso voluntario), si se admitiera la compensación, tales acreedores se estarían haciendo pago (por el importe compensado) en perjuicio del resto de acreedores. No ocurre lo mismo cuando, por la naturaleza del contrato, el saldo se fija automática y periódicamente por compensación (así ocurre en el contrato de cuenta corriente), y deberá partirse del saldo existente al tiempo de la declaración del concurso (o admisión a trámite, si es voluntario).

Excepcionalmente, y por las propias exigencias y características de ciertos mercados (como ocurre en los mercados secundarios oficiales de valores), se ha de admitir la compensación.

6.9.2. Efectos sobre las relaciones jurídicas bilaterales pendientes de ejecución

Actualmente nuestro Derecho Concursal carece de una norma general que resuelva la suerte que han de correr las relaciones jurídicas en que es parte el deudor insolvente y que aún no se han cumplido totalmente por ambas partes. Pueden surgir diversas situaciones:

- Si el contrato está pendiente de cumplimiento por el deudor, la otra parte deberá someterse a las reglas del concurso para reclamar su crédito.
- Si el deudor ha cumplido su prestación y es la otra parte quien aún no ha cumplido, la administración judicial o el concursado sujeto a intervención estarán legitimados para exigir el cumplimiento.
- Si el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, el concursado o la administración judicial sólo podrán exigir el cumplimiento a la otra parte si aquéllos acreditan haber cumplido la prestación que pesa sobre el concursado. Ello es así porque en los contratos sinalagmáticos la prestación de una parte trae causa de la contraprestación de la otra, de modo que sólo quien cumple puede exigir el cumplimiento a la contraparte. El problema reside en decidir si la parte no concursada (el llamado contratante *in bonis*) puede resolver el contrato a raíz de la declaración de concurso.

Para solucionar esta cuestión conviene distinguir entre los contratos de tracto único y aquellos de tracto sucesivo. Para los contratos de tracto único (como pueden ser la compraventa, el depósito...), es comúnmente aceptado que –en interés de todos los acreedores concursales– sea el órgano de representación del concurso quien decida si opta por cumplir la obligación del concursado (lo que le facultaría a reclamar la contraprestación a la otra parte) o si prefiere resolver el contrato. En consecuencia, esta regla deja sin efecto las cláusulas de resolución contractual que se hubieran pactado.

Si el órgano concursal opta por el cumplimiento, la prestación que pesa sobre el concursado ha de ser satisfecha como deuda de la masa o quedar suficientemente garantizada. Esta facultad de elección entre el cumplimiento o la resolución vendrá condicionada por la solución que quiera darse al concurso. Si se opta por la liquidación, tiene poco sentido elegir el cumplimiento contractual, mientras que, si la solución es el convenio, ordinariamente interesará promover el cumplimiento. No obstante, habrá casos en que, a pesar de solventar el concurso mediante la liquidación, el cumplimiento de las prestaciones sea más conveniente para los intereses de los acreedores, en atención a la revalorización que hubiera experimentado la contraprestación (por ejemplo, en la compra de un inmueble). Y también puede ocurrir que, por más que se pretenda la continuidad empresarial a través de un convenio, no interese económicamente el cumplimiento de algún contrato pendiente.

Un tratamiento especial merecen los contratos de tracto sucesivo (como pueden ser los de arrendamiento, los contratos laborales o el contrato de agencia).⁽¹⁶⁾ En principio, la declaración concursal no debería afectar a la vigencia del contrato. Esto es, la declaración de concurso no ha de implicar por sí misma la resolución contractual. Cosa distinta es que, si después de la declaración concursal se incurre en incumplimiento, este incumplimiento legitime a la otra parte para resolver el contrato. Ello no obstante, alguna ley especial (así ocurre con el contrato de agencia) y, sobre todo, la práctica contractual, incluyen la declaración concursal entre las causas de resolución del contrato.

Bien vistas las cosas, el criterio que haya de seguirse dependerá de la solución que se vaya a dar al concurso: el convenio o la liquidación. En un procedimiento concursal que admite la solución concordataria (por la que se puede lograr la continuidad empresarial), no interesa que se puedan resolver los contratos de tracto sucesivo y sí, en cambio, garantizar su mantenimiento. Así, por ejemplo, cuando el empresario concursado tiene cierta maquinaria en virtud de un contrato de leasing, si el arrendador pudiera ejercitar la facultad (reconocida contractualmente) de resolver este contrato en caso de declara-

(16) Artículo 26.1.b) de la Ley sobre Contrato de Agencia.

ción concursal del arrendatario, se comprometería seriamente la posibilidad de que el concursado generase recursos con los que cumplir con el plan de pagos previsto en el convenio, amenazando también la continuidad de la empresa. Parece razonable, pues, la solución adoptada por el Anteproyecto de Ley Concursal (artículo 60.3), que deja sin efecto las previsiones contractuales por las que se permita la resolución contractual en caso de concurso. Lo dicho en relación con estas cláusulas contractuales de resolución ha de extenderse también a ciertas disposiciones legales que permiten la resolución contractual. En el caso del contrato de agencia, se advierte con claridad que el empresario concursado que pretende continuar con su actividad a través de un convenio con sus acreedores tenga interés en conservar la red comercial de agentes. Del mismo modo ocurre cuando el concursado es el agente. En este punto, debería revisarse el criterio adoptado en el Anteproyecto (artículo 62.2), que mantiene la vigencia de las previsiones legales que establezcan o permitan la extinción contractual en caso de declaración concursal.

Por el contrario, cabría la resolución contractual a partir del momento de apertura de la fase de liquidación en el concurso. Desde entonces ya no interesa mantener el contrato, puesto que generará deudas de la masa (o en terminología del Anteproyecto, créditos contra la masa) sin la justificación económica que sí existía cuando había una perspectiva de continuidad empresarial.

En el caso de los contratos de trabajo, la declaración concursal tampoco implica por sí misma la resolución de tales contratos, sin perjuicio de que la situación concursal permita la extinción de los mismos en condiciones más beneficiosas para el empresario concursado en cuanto al montante de las indemnizaciones. El Anteproyecto de Ley Concursal presenta como novedad atribuir al juez del concurso la competencia para declarar la extinción de los contratos de trabajo (artículo 63). Ello responde a la premisa adoptada de unificar en el juez del concurso el conocimiento de las cuestiones que tengan trascendencia sobre el patrimonio del concursado.

VII. Formación de la masa activa

7.1. Determinación de la masa activa

La principal garantía con que cuentan los acreedores para el cobro de sus créditos es el patrimonio del concursado. Conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 del Código Civil, el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros.

Por este motivo, la declaración de concurso supone la afectación de todo su patrimonio a la satisfacción colectiva de sus deudas; por consiguiente, tal patrimonio queda sujeto a las medidas de intervención o sustitución por parte de la administración judicial, dependiendo del alcance que el juez decreta. La administración judicial ha de proceder a elaborar un inventario de todo el activo patrimonial del deudor. Sobre la base de este inventario puede iniciarse la determinación de la masa activa. Se entiende por masa activa el conjunto de bienes y derechos del deudor que están sujetos a la satisfacción concursal.

La naturaleza de las medidas de intervención o sustitución se asemeja al embargo. De ahí que resulte lógico excluir de la masa activa todos aquellos bienes y derechos inembargables. Por ello también dichas medidas sustituyen a los embargos existentes.

No es tarea sencilla determinar los bienes que deben formar parte de la masa activa. Antes bien, con frecuencia ocurre que ni son del deudor to-

dos los bienes que están en su poder, ni están en poder del mismo todos los bienes que deben estar. En efecto, por una parte, es posible que el deudor tenga bienes o derechos cuya titularidad no le corresponde. Por otra parte, el deudor ha podido realizar actos de disposición o negocios perjudiciales para la masa, lo que justificaría la necesidad de que se reintegren a la misma.

De este modo, la determinación de la masa activa se integra por operaciones de signo contrario: unas son de separación de bienes por parte de aquellos a quienes corresponden; otras, de reintegración, frente a quienes hayan ido a parar dichos bienes injustificadamente.

Con carácter previo a estas operaciones, en la formación del inventario se presentan dos problemas especiales, en el caso de bienes conyugales y en el de cuentas indistintas.

Por lo que se refiere a los bienes conyugales, no hay duda de que el concurso afecta a los bienes privativos del cónyuge concursado. Con respecto a aquellos gananciales o que formen parte de un régimen de comunidad conyugal, se incluirá en la masa activa el derecho correspondiente del cónyuge concursado sobre el patrimonio común. Ésta es la solución que en buena lógica adopta el Anteproyecto de Ley Concursal (artículo 76), en concordancia con las normas del Código Civil (artículo 1373) y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 541).

Con relación a las cuentas indistintas, la jurisprudencia tiene declarado que la cuenta indistinta no prejuzga la titularidad del saldo. Por este motivo, el saldo existente al tiempo de declararse el concurso de un deudor que es cotitular de la cuenta puede ser incluido en la masa activa, sin perjuicio de que el verdadero titular de la totalidad o parte de dichos fondos pueda acreditarlo, y ejercitar la correspondiente acción de separación a través de un incidente concursal, que supondrá la declaración de su derecho. Este criterio se recoge, asimismo, en el Anteproyecto (artículo 78).

Por último, y por cuanto se refiere a la formulación del inventario, junto a la descripción de los bienes y derechos integrados en la masa activa, ha de contener un avalúo de los mismos. Ello nos conecta con el problema de los criterios de valoración que han de seguirse, lo cual es una cuestión especialmente espinosa cuando de un patrimonio empresarial se trata. Para dar

respuesta a esta cuestión, se ha de atender a la función que tiene el inventario en el proceso concursal. La información sobre el valor del activo tiene sentido para la solución concursal, pues los acreedores necesitan conocer con qué bienes cuenta el deudor para cumplir el convenio propuesto y cuánto valen tales bienes. Resulta, pues, más coherente ajustarse al valor real de tales bienes, y no ya sujetarse a los criterios de valoración derivados del principio contable de empresa en funcionamiento (valor de adquisición o coste de producción). Para la valoración de estos elementos patrimoniales se ha de estar al valor real de los bienes al tiempo en que se elabora el inventario.

7.2. Operaciones de reducción o separación

La reducción de la masa activa se integra por una serie de operaciones destinadas a detraer de dicha masa determinados bienes y derechos que no pueden servir a la satisfacción colectiva de los acreedores del deudor insolvente, por tres motivos diversos.

a) En primer lugar, porque hay bienes y derechos que no pueden ser ejecutados, por ser **intransmisibles** (así los que tienen naturaleza estrictamente personal), o **inembargables**: vale decir, bienes y derechos que no son susceptibles de ejecución, ni singular ni colectiva (los referidos en los artículos 605 y 606 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

b) En segundo lugar, puede tratarse de bienes y derechos **de dominio ajeno**. En consecuencia, como tales bienes no pertenecen al deudor concursado, sus legítimos dueños tienen derecho a reclamarlos y retirarlos de la masa activa. Esto es lo que tradicionalmente se conoce como *separatio ex iure domini*. En el Código de Comercio vigente,⁽¹⁾ este sistema se integra por dos piezas. Por una parte, la acción reivindicatoria ordinaria, que en la quiebra cuenta con la especialidad de que el reconocimiento del derecho de propiedad del tercero puede lograrse no sólo mediante sentencia judicial, sino también por acuerdo de la junta de acreedores (artículo 908 del Código de Comercio). Junto a ello, existen lo que se denominan acciones reivindicatorias impropias o especiales de la quiebra, que se caracterizan por el menor rigor en los requi-

(1) Artículos 908 y 909. Esta construcción reproduce en buena medida la del Código de Comercio de 1829, que se refería a los «acreedores de dominio», expresión que se reitera en la Ley de Suspensión de Pagos.

sitos materiales exigidos para que prospere la reivindicación. Se trata de una amplia serie de supuestos (recogidos en el artículo 909 del Código de Comercio) que se refieren a: 1) el derecho de separación de la mujer del quebrado sobre ciertos bienes dotales y parafernales (hipótesis cuya vigencia se limita a los bienes uxorios en Derecho foral); 2) los bienes que el quebrado tuviere en depósito, administración, arrendamiento o usufructo; 3) el derecho de separación a favor del comitente en caso de quiebra del comisionista, distinguiéndose los casos de comisión de compra, venta, cobro, pago, tránsito, transporte o entrega; y 4) el derecho de persecución del vendedor sobre cosas todavía no pagadas por el comprador quebrado, a través de un doble régimen según la venta fuera al contado o al fiado.

El sistema vigente resulta muy prolijo. En otros ordenamientos, la cuestión se ha simplificado. Así ocurre en el Derecho alemán: quien pueda alegar (sobre la base de un derecho real o personal) que un bien o derecho no pertenece a la masa del concurso, no es acreedor concursal, y su derecho de separación del bien se determina según las leyes, que rigen al margen del procedimiento concursal. Dos reglas se añaden para el caso en que el bien cuya separación se pretende ya no esté en el patrimonio del deudor concursado, bien porque el propio deudor lo enajenó antes de la declaración de insolvencia, bien porque después de esta declaración el administrador judicial ha enajenado injustificadamente el bien en cuestión. Si el tercero adquirente aún no ha satisfecho su contraprestación, el titular del derecho de separación puede exigir que se le ceda el derecho a reclamar el pago de esta contraprestación. En cambio, cuando el tercero ya ha satisfecho su contraprestación a la masa, el titular del derecho de separación sólo puede exigir esta contraprestación de la masa concursal, en tanto que dicha contraprestación permanezca en la masa y sea identificable.⁽²⁾

El Anteproyecto de Ley Concursal (artículo 80) se inspira en este sistema, aunque se limita al supuesto de que el tercero adquirente aún no haya satisfecho su contraprestación. Debería, pues, contemplarse también la otra hipótesis. De otro lado, y a fin de agilizar la tramitación de este derecho de separación, el Anteproyecto introduce la novedad de que sea la propia admi-

(2) §§ 48 y 49 de la *Insolvenzordnung* alemana.

nistración judicial quien pueda reconocer este derecho y entregar los bienes a los titulares legítimos que lo soliciten; y si la administración judicial rechaza esta pretensión, quien se considere titular legítimo del bien puede plantear incidente concursal (artículo 79).

c) En fin, es frecuente que en la masa de bienes del concursado existan bienes que son efectivamente suyos, pero que no pueden servir para pagar a todos los acreedores, porque dichos bienes están **afectos preferentemente** al pago de ciertos créditos, que están garantizados con tales bienes. Los titulares de estos créditos garantizados gozan del derecho de ejecución separada, esto es, al margen del concurso. Este fenómeno se conoce tradicionalmente como *separatio ex iure crediti*. Son los créditos garantizados con prenda, prenda sin desplazamiento, hipoteca, hipoteca mobiliaria, hipoteca naval, o las garantías a favor del Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, o a favor de las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales de futuros y opciones. Del tratamiento de estas ejecuciones separadas nos hemos ocupado al tratar de la *vis attractiva* del concurso.⁽³⁾

7.3. Operaciones de reintegración

Constituye un hecho de experiencia que el deudor común, en un tiempo previo a la declaración de concurso y ante la previsión de que su patrimonio sea apremiado (ocupado) y directamente afectado al pago de sus acreedores a través de la liquidación o del convenio, con frecuencia trata de eludir algunos bienes de esta suerte o de favorecer a alguno de sus acreedores en perjuicio de los otros. Estos actos pueden revestir la forma de donación, compraventa simulada, pago de créditos no vencidos todavía, constitución de garantías a favor de créditos que carecen de esta condición..., o simplemente pago discriminado de créditos.

Si estas operaciones merecen un tratamiento legal especial y, en concreto, dotar a los acreedores –a través de los administradores judiciales– de acciones especiales, es para asegurar dos principios esenciales en la solución concursal: preservar la integridad patrimonial del concursado (que constitu-

(3) *Supra*, capítulo VI: 6.6.1.

ye la garantía para la satisfacción de los créditos); y salvaguardar la *par condicio creditorum*.

Para los acreedores concursales, la principal garantía del cobro de sus créditos lo constituye la integridad del patrimonio del concursado, pues dependiendo de su alcance serán satisfechos en mayor o menor medida. Las acciones de reintegración concursales deben ir encaminadas a impedir que el patrimonio del deudor se aminore o devalúe injustificadamente en un período anterior al concurso. Se entiende injustificada cualquier disposición patrimonial a título gratuito, mientras existan acreedores con créditos pendientes de cobro. De hecho, fuera del concurso, al acreedor se le facilita la acción de rescisión por fraude de acreedores, cuando su deudor ha dispuesto a título gratuito un bien, presumiendo en estas operaciones el fraude. Del mismo modo estarán injustificados los negocios ruinógenos. Como regla general podemos entender afectados todos aquellos negocios perjudiciales por no responder a una equivalencia de prestaciones.

Por otra parte, constituye una regla general del procedimiento concursal que todos los acreedores concurren en igualdad de condición, con las excepciones derivadas del reconocimiento de privilegios a algunos créditos. Una vez declarado el concurso, todos los bienes se encuentran especialmente afectados a la solución concursal, a través de la cual se satisfaga a todos los acreedores que tengan sus créditos reconocidos. Por este motivo no se entiende justificado que en un momento anterior al concurso y en previsión de éste, se altere esta regla, pagando a unos acreedores y no a otros. Pero no cualquier pago debe entenderse injustificado. Antes bien, están justificados aquellos que sean actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, siempre que se realicen en condiciones normales. En este sentido, siempre estará justificado el pago de las cuotas de seguridad social, los arriendos de los locales ocupados por la empresa, los pagos periódicos conforme vayan venciendo... No obstante, la distinción entre pagos justificados e injustificados, en el caso de deudas ya vencidas antes del concurso, no es fácil, y debe dejarse su calificación a la valoración de las circunstancias que concurren. Lo que está claro es que deberían impedirse los pagos extraordinarios que, por su proximidad a la declaración concursal, evidencien una intención de pagar a algún acreedor antes que a otros.

Dos han sido los instrumentos empleados para esta reintegración: la retroacción y las acciones impugnatorias.

La retroacción pretende hacer coincidir la situación de concurso real (la insolvencia) con el concurso declarado, para trasladar la prohibición de disponer al momento en que se produjo el presupuesto del concurso. De este modo, se consideran ineficaces todos los actos realizados desde que el deudor entró en situación de insolvencia y debió acudir al concurso hasta que éste fue declarado. Suele corresponder al juez fijar este período de retroacción, que va desde que aparece la insolvencia hasta que se declara el concurso (retroacción judicial). Aunque en algunos ordenamientos lo fijaba la propia ley de antemano, a través de una ficción legal (retroacción legal). En un caso o en otro, los actos comprendidos en este período carecían de eficacia. Es frecuente hablar de retroacción absoluta, cuando esta ineficacia se predica de todos los actos o negocios realizados en este tiempo de retroacción; mientras que se califica de relativa, cuando sólo afecta a unos cuantos determinados. Una retroacción absoluta y judicial, como la que existe en el artículo 878.2 del Código de Comercio, origina muchos problemas de inseguridad jurídica, pues con frecuencia es muy difícil llegar a determinar con seguridad el momento de la insolvencia, y además es precisamente en esos momentos cuando las empresas necesitan de mayor apoyo financiero. Apoyo que difícilmente se aportará si se advierte que, en caso de declararse la quiebra, el juez puede retrotraer los efectos a aquel momento y, con ello, se pierden las garantías o contraprestaciones recibidas al suministrar apoyo financiero al deudor o simplemente al seguir contratando con él. La inseguridad se acrecienta más si tenemos en cuenta el modo en que la retroacción ha sido interpretada por la jurisprudencia, que no ha hecho distinción de actos o negocios afectados, ni de personas, haciendo prevalecer la ineficacia frente a terceros de buena fe, que incluso tenían la consideración de terceros hipotecarios. Por este motivo, no es un instrumento adecuado para articular la reintegración, debiéndose acudir a otros que permitan distinguir mejor los actos o negocios perjudiciales, merecederos de la sanción de ineficacia, de aquellos que no lo son, cuya validez no debe quedar afectada por el concurso.

Las acciones impugnatorias se articulan para facilitar la rescisión de actos o negocios concretos anteriores a la declaración de concurso, en aten-

ción al perjuicio que entrañan para la masa del concurso. El modo de facilitar su impugnación es a través de presunciones de fraude y/o perjuicio de actos o negocios realizados en unos plazos legales previos a la declaración de concurso. Esta técnica, siempre y cuando se combine bien el plazo de tiempo y la clase de negocio concreto que se conciba perjudicial, permite afinar mejor al realizar las operaciones de reintegración, para rescindir sólo aquellas que verdaderamente sean perjudiciales y, por tanto, injustificadas en atención al concurso, dejando a un lado las que no son perjudiciales.

Es significativo que los anteproyectos y trabajos preparatorios anteriores al actual Anteproyecto del 2001 (los del 1959, 1983 y 1995) prescindan de la retroacción y optan por las acciones impugnatorias. Así lo hace también el referido Anteproyecto del 2001, que bajo la rúbrica «acciones de reintegración» regula la denominada revocatoria concursal, de naturaleza rescisoria. El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa de la quiebra, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude. De este modo puede revocarse cualquier acto que se acredite perjudicial para la masa activa. Como ya hemos apuntado, este perjuicio se cifra en la existencia de un sacrificio patrimonial injustificado, o en la ausencia de equivalencia de prestaciones.

No obstante, para facilitar la acreditación del perjuicio, el art. 70 del Anteproyecto lo presume, con una presunción que no admite prueba en contrario, en cuatro casos:

- «Actos a título gratuito, salvo liberalidades de uso». Las donaciones y demás actos de liberalidad hechos por un deudor sobre el que penden deudas vencidas y exigibles se consideran injustificados.

- «Actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado». La relación de parentesco o proximidad (con vínculos afectivos o de amistad), induce al legislador a presumir que el negocio realizado con el próximo a ser declarado en concurso será perjudicial para la masa, y entraña, aunque responda formalmente a una causa onerosa, una forma de distraer bienes de la solución concursal.

- «Constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas». Es un supuesto tradicional en nuestro derecho, que encontramos en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y en la actualidad en el artículo 880 del Código de Comercio vigente. Se pretende evitar que el deudor favorezca injustificadamente a un acreedor en perjuicio de otros, constituyendo una garantía real sobre alguno de sus bienes en beneficio de un determinado acreedor. De otro modo, el acreedor hipotecario podría hacer uso del beneficio de ejecución separada, y cobrarse su crédito con lo obtenido de dicha ejecución, con preferencia sobre el resto de los acreedores. Por desgracia, esto suele ser muy habitual en el tráfico, pues muchas entidades de crédito que carecen de garantías reales, en los momentos previos a la quiebra suelen perseguir esta garantía para sus créditos, que en ocasiones supeditan a la ampliación del crédito.

- «Pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso». Es también un supuesto recogido en la actualidad en el artículo 879 del Código de Comercio. Se explica porque se entiende injustificado haber satisfecho una obligación que no era exigible por no estar vencida. Este supuesto tiene mayor aplicación práctica de la que a primera vista pueda pensarse, pues los rumores de insolvencia llevan en ocasiones a las entidades de crédito a declarar vencidas anticipadamente líneas de crédito y a compensarse los débitos con los depósitos existentes en la misma entidad.

Lógicamente, con buen criterio y por si existiera alguna duda, se excluyen expresamente de las acciones rescisorias concursales «los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales», y «los comprendidos en el ámbito de aplicación de las leyes especiales que regulan los sistemas de pagos y de compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados». La actividad ordinaria del deudor común, realizada con anterioridad a la declaración de concurso no puede verse afectada por las presunciones anteriores, ya que de otro modo se provocaría una inseguridad alrededor del deudor y los simples rumores de insolvencia le aislarían comercial y financieramente. Por lo tanto, las operaciones ordinarias (como son los pagos de arriendos, seguros sociales, sueldos, cuotas de devolución de préstamos, descuentos de efectos, pagos a pro-

veedores...) quedan al margen de la revocatoria concursal. Y también lo están todas aquellas operaciones realizadas en mercados de valores e instrumentos derivados, por la necesidad que los mismos tienen de una absoluta seguridad de la validez de esas operaciones.

Estas acciones rescisorias concursales no impedirán el ejercicio del resto de acciones permitidas por la Ley, sobre todo la acción rescisoria en fraude de acreedores (artículos 1291 y siguientes del Código Civil), o la presunción muciana, que en el Anteproyecto viene expresamente recogida en el art. 77.1.⁽⁴⁾

El ejercicio de la revocatoria concursal corresponderá sólo a la administración judicial, en atención a la doble condición de representante de los acreedores y de la masa patrimonial. Y debe ir dirigida contra el deudor y los destinatarios de los pagos, bienes, o quienes hayan sido parte en los negocios impugnados. Si los bienes han ido a parar a un tercero, ajeno al negocio impugnado, también deberá ser demandado si se pretende la restitución de los bienes. No obstante, en cualquier caso y por motivos de seguridad en el tráfico jurídico, el tercer adquirente de buena fe debe ser protegido, máxime cuando se trate de un tercero hipotecario. El Anteproyecto así lo prevé, con muy buen criterio, en el art. 72.

Convendría articular un procedimiento sencillo, pero que garantice la contradicción, para hacer valer estas acciones, cuyo conocimiento lógicamente debe corresponder al juez del concurso.

(4) «Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de sus bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso».

VIII. Formación de la masa pasiva

Junto a la masa patrimonial que ha de repartirse entre los acreedores, es preciso determinar qué acreedores tienen derecho a cobrar y en qué orden. De esta forma, y paralelamente a la determinación de la masa activa, será preciso reconocer los créditos existentes contra el deudor común y, si fuera el caso, graduarlos, por si existe alguna preferencia que rompa el principio de la *par condicio creditorum*.

Éste es, sin duda alguna, uno de los puntos más conflictivos de la reforma concursal. Y ello no tanto por el procedimiento articulado para el reconocimiento y la graduación de los créditos, como por la determinación de los privilegios. Deslindar qué créditos tienen preferencia sobre otros ha sido desde siempre una de las dificultades del procedimiento concursal. Así se explica que uno de los primeros y sin duda más prestigiosos tratados sobre Derecho Concursal, el del español Salgado de Somoza, editado en el siglo XVII, se titulara, aludiendo a esta cuestión, «*Labyrinthus creditorum...*».

8.1. Créditos concursales y créditos contra la masa

En principio, la declaración de concurso afecta a todos los acreedores del deudor común, que deberán sujetarse al procedimiento concursal para cobrar a través de cualquiera de las soluciones adoptadas: liquidatoria o concordataria. Sólo los acreedores con derecho de ejecución separada, como es

el hipotecario, pueden ejecutar y cobrarse al margen del concurso. Los restantes deberán concurrir con los demás acreedores al cobro de sus créditos.

Pero en seguida aflora la distinción entre los créditos anteriores a la declaración de concurso, cuyo impago ha generado el propio concurso, y los posteriores. Máxime, cuando el deudor continúa con su actividad económica y, por lo tanto, provoca nuevas deudas. Éstas deberían tener un tratamiento distinto de aquellas que motivaron el concurso. Entre otros motivos porque de no ser así, nadie contrataría con el concursado, pues a ciencia cierta no cobraría sino en la misma proporción que los anteriores acreedores que fueran de su mismo rango. Por eso se suele distinguir entre créditos concursales y créditos contra la masa, y así lo hace también el Anteproyecto de Ley Concursal (artículo 83). Los créditos contra la masa son aquellos ordinariamente generados con posterioridad a la declaración de concurso, ya sea por las actuaciones judiciales, ya sea como consecuencia de la actividad económica de la masa activa intervenida que se realice con posterioridad a la declaración de concurso. Estos créditos contra la masa deben quedar al margen de la solución concursal, por lo que ni se verán afectados por el posible convenio, ni tampoco se sujetan al orden de pago en caso de liquidación. Lo lógico es que estos créditos, que se han ocasionado una vez el deudor ha sido intervenido judicialmente, se satisfagan conforme vayan siendo exigibles. Éste es uno de los motivos por los que el juez debe ser especialmente cauteloso para acordar o no el cese en la actividad económica del deudor, puesto que, si ésta tan sólo incrementa las deudas sin perspectiva de recuperación, no estaría justificada la continuación en la actividad económica desde el punto de vista del interés de los acreedores concursales. Interés este que es el que debe regir el procedimiento concursal.

La dificultad radica en determinar qué créditos tienen esta consideración de créditos contra la masa o –en la terminología doctrinal– deudas de la masa. El Anteproyecto, recogiendo lo que había sido doctrina jurisprudencial, incluye: las costas y gastos procesales generados por la solicitud y declaración de concurso, así como todos sus incidentes, los de asistencia y representación del concursado y, en general, los ocasionados en los procedimientos instados en interés de la masa activa; los gastos generados por la administración de la masa, que incluirá también sus honorarios; las deudas generadas por la conti-

nuidad en la actividad profesional o empresarial. Y, en suma, todas aquellas obligaciones surgidas con posterioridad a la declaración de concurso. Entre ellas se alude también a las obligaciones derivadas de responsabilidad extracontractual del concursado, nacidas después de la declaración de concurso. Ello es consecuente, en el bien entendido de que la obligación de indemnizar surge cuando se produce el daño, siempre que su importe sea conocido o se pueda determinar; la sentencia que condena al pago de la indemnización tiene un mero valor declarativo (no constitutivo) de la obligación. Abundando en ello, no parece justificado que el Anteproyecto atribuya a los créditos por responsabilidad civil extracontractual un privilegio general (artículo 90.3°).

También tiene el carácter de deuda de la masa la obligación de devolución de contraprestaciones recibidas por el deudor en caso de revocatoria concursal. De este modo, si como consecuencia de una acción de reintegración de la masa, se rescinde algún negocio y se acuerda la restitución de las prestaciones recibidas en su día, el derecho a recibir la suya por parte de quien contrató con el concursado no quedará afectado por el concurso, pudiendo cobrar con preferencia a los créditos concursales.

Por contraposición, son créditos concursales todos aquellos créditos que no lo sean contra la masa, y en la mayor parte de los casos coincidirán con los anteriores a la declaración de concurso.

8.2. Reconocimiento y calificación de créditos

Estos créditos concursales –esto es, los que quedan sujetos al concurso– deben ser insinuados (es decir, comunicados a la administración judicial), para ser después reconocidos y clasificados o graduados.

Actualmente en el procedimiento de quiebra los trámites de reconocimiento y graduación de créditos se hacen especialmente gravosos y se dilatan excesivamente en el tiempo. En el sistema aún vigente, el reconocimiento y la graduación de créditos siguen concebidos como un doble trámite, sucesivo uno a otro, en el que necesariamente debe intervenir la junta de acreedores para aprobar el crédito o en su caso su calificación; correspondiendo al juzgado esta función cuando no se alcanza el quórum legal o si se impugna la decisión de la junta.

Pero este sistema, y sobre todo la necesidad de convocar y reunir dos veces a todos los acreedores, hace injustificadamente complicado y oneroso el procedimiento y lo dilata excesivamente en el tiempo, sobre todo cuando se formulan impugnaciones.

Puestos a simplificar el procedimiento, lo primero que debemos considerar es que el reconocimiento y la graduación o clasificación de los créditos puede hacerse conjuntamente, sin necesidad de distinguir dos fases. Al reconocer el crédito puede indicarse si el mismo goza o no de un privilegio. En cuanto a los trámites para su aprobación, deben quedar claros dos extremos: uno, que se ha de dar a todos los acreedores la posibilidad de insinuar sus créditos (justificándolos documentalmente); y dos, que deben tener la posibilidad de impugnar la inclusión, exclusión o el importe de algún crédito, así como su clasificación, antes de que se pronuncie el juez.

La experiencia actual ya nos ofrece un buen modelo en el que se atienden estas exigencias y, al mismo tiempo, con la debida celeridad. Nos referimos, claro está, al trámite para la formación de la lista definitiva de acreedores en el expediente de suspensión de pagos. La simplicidad de este trámite podría servir de base para diseñar esta fase de comunicación, reconocimiento y graduación de créditos en el nuevo concurso.

Tras haber sido declarado el concurso, debe darse un tiempo a todos aquellos que ostenten un crédito contra el deudor para que lo insinúen y justifiquen documentalmente. Este plazo, que podría cifrarse –como lo hace el Anteproyecto de 2001– en un mes, sería preclusivo, pues daría lugar a que todos aquellos créditos que hubieren sido insinuados tardíamente fueran declarados morosos.

Una vez insinuados los créditos y presentada la correspondiente documentación, resulta lógico que corresponda a la administración judicial su examen, para formular después en su informe una propuesta de reconocimiento de créditos y su calificación. A esta propuesta debe dársele la publicidad necesaria dirigida a todos los afectados para que, si fuera el caso, puedan impugnarla. De este modo el juez, una vez tramitadas conjuntamente las eventuales impugnaciones, resolverá sobre las mismas y declarará, en consecuencia, qué créditos se reconocen, por qué importe, y su calificación. Si no

se interponen impugnaciones, el juez resolverá la aprobación de la lista de acreedores y su calificación.

La aprobación definitiva de los créditos y su clasificación no sólo afectará al reparto o pago, en caso de liquidación, sino que también se tendrá en cuenta para convocar a los acreedores a una junta para la aceptación de convenio, así como para determinar en esta junta los quorums y las mayorías necesarias.

8.3. Clasificación de los créditos

8.3.1. El principio de la ‘par condicio creditorum’ y sus excepciones

El laberinto de créditos que concurren en un concurso, al que hacíamos antes referencia, se explica por la existencia de una pluralidad indiscriminada de privilegios, que además operan con distintas preferencias de cobro. Ello hace que sea muy difícil graduar los créditos.

Aunque por encima de la dificultad técnica en la graduación de los créditos, lo primero que se advierte en la práctica concursal actual es que los acreedores comunes (aquéllos carecen de un especial privilegio) no llegan a cobrar nunca. Esto es así porque estos privilegios conllevan una preferencia de cobro, que impide el pago a otros acreedores mientras no haya sido satisfecho totalmente el crédito privilegiado. En un sistema, como el nuestro, en el que hay muchos escalones o grados, los que están en la base difícilmente cobran. Y son estos mismos acreedores comunes, ordinariamente industriales, proveedores..., los más vulnerables a la crisis económica derivada de la insolvencia del deudor, puesto que no pocas veces ésta provoca crisis en cadena. La situación actual debe hacernos replantear la justificación de los privilegios, admitiendo únicamente los que sean estrictamente necesarios.

Cuando se habla de los principios que rigen el concurso, constituye un lugar común invocar la *par condicio creditorum*: la igualdad de condición de todos los acreedores que concurren al concurso. Este principio constituye una premisa clara de la que partir. La regla general debe ser este tratamiento común de los acreedores, de modo que el privilegio sea algo excepcional.

Pero esta excepcionalidad debe ser no sólo conceptual, sino real; esto es, que en la práctica sean pocas las preferencias de cobro, para asegurar que los créditos ordinarios sean satisfechos.

Un sistema en el que proliferan en exceso los privilegios genera a su vez más privilegios, como reacción natural de protección de un determinado sector económico frente al resto.

Los privilegios, aunque tienen su justificación formal en su reconocimiento legal, materialmente se fundamentan en la naturaleza del crédito y, más en concreto, en los intereses afectados (derechos de trabajadores y asimilados, de la Hacienda Pública) o en la protección del sistema de garantías reales.

Y del mismo modo que excepcionales situaciones crediticias han de ser privilegiadas en el concurso, tiene sentido sancionar determinados créditos, que se verán postergados en el pago concursal. La subordinación de tales créditos se justifica por su especial naturaleza (por ejemplo: intereses, multas...), por particulares circunstancias en su titularidad (acreedores con especial relación de proximidad al concursado), o por el retraso en su comunicación a la administración judicial.

8.3.2. Los créditos privilegiados

Reconocer a determinados créditos el carácter de privilegiados conlleva una doble consecuencia concursal. Por una parte, la preferencia en el cobro, con respecto a los restantes acreedores, y que se hace efectiva sobre la generalidad del patrimonio del concursado (privilegio general) o sobre bienes concretos (privilegio especial). En segundo lugar, el derecho a no verse afectado por lo que se pacte en el convenio; derecho este al que cabe renunciar expresamente. Por cuanto se refiere a la preferencia en el cobro, conviene insistir en la diferencia entre privilegios generales y privilegios especiales.

El **privilegio especial** se reconoce a los titulares de créditos que están especialmente vinculados a un determinado bien, ya sea porque el pago de tal crédito se ha querido garantizar con dicho bien (garantías reales convencionales debidamente constituidas y, en su caso, inscritas: hipoteca, pren-

da, hipoteca mobiliaria, prenda sin desplazamiento), ya sea por la vinculación de la prestación que da origen al crédito con la elaboración, conservación o reparación del bien, que por ello queda especialmente afectado (créditos refaccionarios).

En cambio, no se advierte razón que justifique la atribución de privilegio especial al crédito del arrendador financiero, respecto del bien arrendado, o al del vendedor a plazos, sobre el bien vendido con reserva de dominio, prohibición de disponer o condición resolutoria por falta de pago. En tales casos es suficiente garantía para el acreedor la propiedad del bien o la cláusula contractual por la que se puede recuperar dicho bien. Es innecesario sumar a esta protección del crédito la concesión de un privilegio especial sobre un bien que es del propio acreedor o puede volver a serlo.

Sin embargo, los **privilegios generales** dan derecho a cobrar preferentemente con lo obtenido de la liquidación de cualquier bien del deudor. La atribución de este privilegio general a determinados créditos sólo se justifica por la singular naturaleza de los mismos, por los intereses afectados. Si se reconoce un privilegio general a los trabajadores para garantizar, al menos en determinada cuantía, el cobro de salarios e indemnizaciones, es porque se considera de especial interés social proteger tales créditos en caso de insolvencia de su empleador. Y es lógico que esta preferencia sea absoluta con respecto a cualquier acreedor. Por lo que respecta a los créditos tributarios o por cuotas de la Seguridad Social, su protección se justifica por el interés general que representan, y porque tratándose de un interés común, si no se le dotara de este privilegio, difícilmente se respetaría ante el resto de acreedores.

Fuera de estos casos, resulta muy difícil advertir la concurrencia de intereses que justifiquen el reconocimiento de un privilegio general. Por eso quizás tuvieran que revisarse algunas extensiones de este privilegio que contiene el Anteproyecto del 2001 (artículo 90.3º y 7º). Así no se acaba de comprender la atribución indiscriminada de privilegio general a cualquier crédito derivado de responsabilidad civil extracontractual, máxime cuando no se distingue ni en la causa ni en la naturaleza del daño (corporal o patrimonial). Del mismo modo, puede tener efectos perturbadores la atribución de un privilegio general (aunque de importe limitado) al acreedor instante del concurso. A este respecto, está justificado que se reembolsen a este acreedor los

gastos ocasionados por la solicitud del concurso necesario; también lo está que se penalice al deudor que no solicita oportunamente ser declarado en concurso; pero es muy discutible que se incentiven las solicitudes de concurso necesario, pues ello podría provocar el empleo abusivo del concurso por los acreedores.

En la atribución de privilegio general a determinados créditos, es coherente con el propósito de que el reparto alcance también a los acreedores ordinarios que se establezca un límite en el importe de los créditos privilegiados. En el caso de los créditos laborales, la cuantificación es temporal para los salarios, y además también cuantitativa para las indemnizaciones por despido. Parece lógico también poner un límite a los créditos tributarios y por cuotas de la Seguridad Social; es por ello acertado el criterio seguido en el Anteproyecto del 2001 (artículo 90.5º y 6º), al limitar el privilegio a un porcentaje calculado sobre el total del pasivo.

En este marco de contención en el reconocimiento de privilegios generales y especiales se entiende que se excluyan todos los demás privilegios que hasta ahora habían proliferado en nuestra legislación, atendiendo a la más variopinta naturaleza de las prestaciones o, lo que aún es peor, a la forma en que constara el crédito (en escritura pública, póliza mercantil intermedia o en sentencia firme).

8.3.3. Los créditos subordinados

Tipología de créditos subordinados: su justificación

Hasta ahora, nuestro Derecho desconoce la categoría de los créditos subordinados, que en cambio sí está presente en otros ordenamientos.⁽¹⁾ Responde a que, en una situación concursal, determinados créditos merecen una consideración inferior a los créditos ordinarios.

Nuestra práctica concursal ha conocido situaciones en las que algunos acreedores privilegiados cobraban con preferencia a los ordinarios no sólo por el principal de su crédito, sino también por intereses, sanciones... con elevadísimos importes, siendo el pago de tales intereses lo que impedía

(1) Así, por ejemplo, en el alemán: § 39 de la *Insolvenzordnung*.

la satisfacción de los créditos ordinarios. En el concurso, repugna al sentido común anteponer el pago de intereses a la satisfacción del principal de otros créditos. El mismo razonamiento vale para las multas o recargos.

La inclusión de otros créditos en esta categoría de créditos postergados obedece a una finalidad sancionadora. Así ocurre con los de aquellos acreedores que han comunicado tardíamente sus créditos y, por tanto, son reconocidos después de expirar el plazo legal de comunicación de créditos (los llamados «créditos morosos» en el sistema vigente). La subordinación de tales créditos se justifica como sanción al retraso del acreedor.

Un tercer grupo de créditos subordinados serían aquellos que ostentan personas especialmente relacionadas con el concursado. El problema radica en determinar qué vinculaciones justifican esta calificación como créditos subordinados. A nuestro juicio, los únicos supuestos de vinculación con el concursado que justifican la postergación de créditos se producen en el caso de que el concursado sea una persona jurídica: en concreto, los créditos de los socios (si se quiere, los de aquéllos con una participación significativa en el capital), los créditos de los administradores, los créditos de sociedades pertenecientes al mismo grupo, y –por su propia configuración legal– los créditos participativos. En el caso de los créditos de los socios, las exigencias de una adecuada dotación del capital social implican que si los socios realizan préstamos a la sociedad en lugar de allegar fondos propios, tales préstamos deban ser recalificados y postergados. Si se trata de créditos de administradores o de sociedades del grupo, la justificación de esta postergación radica básicamente en la necesidad práctica de evitar que, por su participación en el pasivo, puedan decidir la aceptación del convenio por los acreedores.

Sin embargo, no debería extenderse esta justificación para el caso de que el concursado sea persona física. Si una persona física se encuentra en situación de crisis económica, lo normal es que sus familiares o allegados intenten auxiliarle económicamente. Esta ayuda no responde a ninguna obligación legal, y evita en muchos casos la situación de insolvencia. Sancionar estos créditos, calificándolos como subordinados, sería una medida contraproducente. Por ello, convendría revisar el criterio seguido sobre este punto en el Anteproyecto (artículo 92.1).

Por último, resulta lógico sancionar con la subordinación a aquellos acreedores que lo sean como consecuencia de haber prosperado una acción revocatoria concursal contra ellos, si en el acto que se impugna hubo mala fe de tales sujetos.

Consecuencias de esta calificación

Las principales consecuencias de clasificar determinados créditos como subordinados se producen en un doble orden: 1) la postergación en el cobro, si se opta por la liquidación; 2) la exclusión en la tramitación y aceptación del convenio.

Si la solución concursal es la liquidación, con el producto de la misma se hace pago a los acreedores: primero se satisfacen los créditos privilegiados, luego los ordinarios, y sólo cuando éstos han sido íntegramente pagados se realizará el pago de los créditos subordinados.

Si el concurso se encauza a través del convenio, se excluyen los créditos subordinados del cálculo de la fracción del pasivo requerida tanto para las adhesiones a las propuestas de convenio como para la constitución de la junta y para la mayoría exigida en la aceptación del convenio. Resulta llamativo que el borrador de Anteproyecto adoptara este criterio y que, sin embargo, en el texto ministerial desaparezca la exclusión del derecho de voto de los acreedores subordinados.

IX. El convenio

9.1. El convenio concursal: función y problemas que ha de afrontar su regulación legal

9.1.1. El convenio como solución preferente del concurso

El convenio es un acuerdo celebrado entre el deudor insolvente y la colectividad de sus acreedores, aprobado por el juez y por el que se pretende remediar la situación de insolvencia de aquel deudor. En esencia, el convenio es una fórmula de pago de los créditos. Los efectos del convenio se producirán si el mismo prospera siguiendo los cauces legales y el juez lo aprueba, y el deudor lo cumple. Así pues, el convenio es una solución del concurso; la otra solución es la liquidación.

Las relaciones entre el convenio y la liquidación pueden resumirse del siguiente modo. En primer lugar, ambas soluciones son antagónicas; lo cual significa que no cabe admitir convenios directamente liquidatorios (en el bien entendido de que, por otra parte, el régimen legal de la liquidación ha de ser ágil y flexible).

En segundo lugar, el contenido y la forma en que se articulen ambas soluciones deben ser coherentes con la finalidad perseguida con el concurso: la (mejor) satisfacción de los intereses de los acreedores del deudor insolvente.

En tercer lugar, la práctica confirma desde antiguo que ha de preferirse el convenio a la liquidación, para evitar «el demérito, la depreciación y la ruina del capital»⁽¹⁾ que conlleva la liquidación concursal. Esta afirmación resulta especialmente cierta en el caso de que el deudor sea un empresario. La apuntada preferencia del convenio se ha de traducir legalmente en varios extremos, todos ellos caracterizados por el propósito de servir como solución eficaz a la situación concursal, evitando conductas oportunistas. De ello se derivan las siguientes consecuencias:

- Por una parte, se ha de agilizar la tramitación del convenio en el seno del concurso. Para esto debe facilitarse que se pueda proponer un convenio antes de iniciar la liquidación. También han de fijarse criterios realistas en la mayoría necesaria para la aceptación del convenio (y, en contrapartida, tiene que excluirse del voto a aquellos créditos cuyos titulares estén especialmente vinculados con el deudor). Además, se debe flexibilizar la manera en que conste la adhesión al convenio. En fin, se impone limitar el plazo, determinar los sujetos, y tasar las causas para impugnar el convenio aprobado...

- De otra parte, la ley ha de reconocer la admisibilidad de múltiples contenidos de las propuestas de convenio (con la sola exclusión de aquellos contenidos que, por ser liquidatorios, son impropios del convenio). Esta flexibilidad en los contenidos posibles del convenio concursal es, además, consecuencia necesaria de la noción unitaria de insolvencia que ha de servir como presupuesto objetivo para la apertura del procedimiento concursal. Puesto que no se distingue entre situaciones de iliquidez y situaciones de insuficiencia patrimonial, el contenido de la propuesta de convenio tendrá que adecuarse al supuesto concreto.

9.1.2. Los problemas que deben resolverse

En conexión con lo anterior, el nuevo régimen concursal ha de eliminar las múltiples dudas interpretativas que sobre el convenio concursal ha suscitado la normativa aún vigente. Dos causas están en el origen de estos problemas. De un lado, la actual dispersión y diferencias normativas. De otro, y sobre

(1) La expresión ha hecho época en la literatura concursal y se recoge en una lejana sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1927. Desde entonces es comúnmente reiterada por magistrados y autores.

todo, el silencio legal sobre numerosas cuestiones, que han intentado ser resueltas por jueces y autores, surgiendo no pocas veces soluciones enfrentadas.

En efecto, el sistema actual es confuso en muchos aspectos, puesto que existen *diversas regulaciones* del convenio del empresario insolvente, según dicho convenio se ventile en un expediente de suspensión de pagos o en un procedimiento de quiebra. En este segundo caso, además, hay notables diferencias entre la tramitación del convenio en la quiebra de un empresario individual y en la de una sociedad mercantil, cuyo régimen se integra –para mayor enredo– por la normativa dispuesta para las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas.

Y, muy especialmente, los problemas que actualmente presenta el convenio concursal proceden de la *indefinición legal* en aspectos de extraordinaria importancia. Para empezar, muy poco se establece sobre el *contenido* de la propuesta de convenio. Tradicionalmente se reconocen la quita y la espera, y el convenio de continuación o traspaso empresarial. En cambio, muchas dudas han suscitado los convenios con contenido liquidatorio o de cesión de bienes (ya se trate de cesión en pago o para pago). Y aún mayores son las cuestiones planteadas sobre la indefinición legal en cuanto a los *efectos* del convenio concursal. En particular, es problemática la determinación de los acreedores a los que el convenio alcanza (habida cuenta de que, bien por ley o mediante criticables criterios jurisprudenciales, progresivamente se ha extendido el círculo de los privilegiados con el derecho de abstención, a quienes el convenio no vincula). Sería conveniente dar solución normativa al alcance del convenio con respecto a determinados créditos como, por ejemplo, los derivados de responsabilidad civil. Asimismo, el silencio legal ha provocado respuestas enfrentadas en cuanto a la extensión de lo acordado en el convenio a los fiadores u obligados solidarios del deudor insolvente (esto es, si la espera pactada libera al fiador, y si las quitas benefician también a dicho fiador o a los obligados solidarios). Otras cuestiones pendientes de solución en la actual normativa son: la extensión de los efectos del convenio a los titulares de créditos no reconocidos en el procedimiento concursal; la posibilidad de modificar el convenio una vez aprobado; el alcance de la función judicial en la aprobación del convenio (en particular, en qué casos el juez podría rechazar dicha aprobación); las consecuencias del cumplimiento

y del incumplimiento del convenio; la responsabilidad del deudor tras la clausura del procedimiento concursal...

9.2. La proposición de convenio: momento y sujetos

La ya indicada preferencia del convenio sobre la liquidación, así como las exigencias generales de agilidad, sencillez y rapidez del procedimiento concursal, implican que ha de facilitarse al deudor insolvente la posibilidad de proponer un convenio a sus acreedores. Por tanto, a no ser que el propio deudor haya solicitado la liquidación de su patrimonio, el legislador ha de promover que se pueda solucionar el concurso a través de un convenio que satisfaga los intereses de los acreedores.

En el caso de un empresario insolvente, la elección entre liquidación y convenio dependerá de la viabilidad de su empresa.⁽²⁾ Sin embargo, determinar dicha viabilidad no es tarea fácil; a lo sumo, se pueden aportar indicios y proponer medidas que contribuyan a la viabilidad empresarial. Por ello, en un primer momento, conviene dejar al deudor la opción entre la liquidación o la proposición de convenio. Mientras no se prefiera la liquidación, se ha de intentar la solución concordataria, que pueden proponer también los acreedores. Sólo se impone la liquidación cuando no exista propuesta alguna de convenio, o ninguna de las propuestas se acepte, o no se cumpla la propuesta aceptada.

9.2.1. Propuesta anticipada de convenio

Así las cosas, y siguiendo el modelo de la actual suspensión de pagos (cuya bondad en este punto no se discute), esta posibilidad de presentar una propuesta de convenio se ha de reconocer desde el primer momento del procedimiento. En contrapartida, y puesto que ello representa un beneficio para el deudor, esta posibilidad debe reservarse para los deudores honestos. Además, y aunque para acogerse a este beneficio es indiferente cuál sea la concreta si-

(2) Es por ello que el artículo 1 del *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência* portugués afirma la posibilidad de que toda empresa insolvente se acoja a alguna de las providencias de recuperación, mientras que la liquidación (a través de la quiebra) sólo se reserva para el caso en que la empresa se muestre económicamente inviable o cuando, atendidas las circunstancias, no se considere posible su recuperación financiera.

tuación de insolvencia del deudor (esto es, tanto da que se trate de iliquidez como de insuficiencia patrimonial), esta propuesta ha de ofrecer algún viso de que pueda prosperar y ser admitida por la generalidad de los acreedores.

Parecen acertados, pues, los criterios seguidos en el Anteproyecto de Ley Concursal (artículos 103-109) al reconocer al deudor la facultad de formular una propuesta anticipada de convenio. En principio, se da opción al deudor que escoja entre proponer un convenio o solicitar la liquidación. Si, como es de esperar, prefiere formular anticipadamente una propuesta de convenio, puede hacerlo hasta que expire el período en que los acreedores han de insinuar sus créditos a la administración judicial.

Sin embargo, esta facultad no se reconoce a cualquier deudor. Antes bien, se establece, a modo de parámetros de conducta correcta y regular en el orden patrimonial, un elenco tasado de supuestos que impiden acogerse a este beneficio. Estas prohibiciones se refieren a la comisión de determinados delitos, al concurso consecutivo, a la realización de determinados actos en perjuicio de acreedores, al incumplimiento del deber de solicitar oportunamente el concurso, y –en el caso de los deudores empresarios– al incumplimiento de los deberes de contabilidad e inscripción registral.

Además, el Anteproyecto exige que esta propuesta anticipada cuente con el respaldo de acreedores que representen, al menos, la quinta parte del pasivo presentado por el deudor. Este criterio parece bienintencionado, pero su efectividad práctica quizás pueda burlarse con facilidad.

9.2.2. Propuesta de convenio en junta de acreedores

Si el deudor no puede acogerse al beneficio de proponer anticipadamente un convenio, o esta propuesta anticipada no prospera, la solución concordataria puede también intentarse en junta de acreedores. Tanto el deudor como sus acreedores pueden proponer este remedio.

El juez ha de convocar esta junta, una vez se haya determinado definitivamente cuál es el activo (a través del inventario) y el pasivo (mediante la lista de acreedores) del deudor. El plazo que ha de mediar entre la publicación de esta convocatoria y la fecha señalada para la celebración de la junta

ha de ajustarse a las actuaciones que han de realizarse en esta fase preparatoria (presentación de la propuesta de convenio, examen por el juez e informe por la administración judicial) y a la necesidad de información de los acreedores sobre la propuesta y la convocatoria de la junta.

El Anteproyecto regula también con acierto esta posibilidad de proponer convenio en junta de acreedores (artículos 110-114), y en ello se advierte cierta inspiración en el modelo alemán.⁽³⁾ Se reconoce legitimación activa para proponer el convenio al deudor, y también a acreedores que representen determinada proporción del pasivo. Esta fracción de créditos se concreta en la quinta parte, que se calcula sobre la base del pasivo resultante de la lista de acreedores que hubiera presentado el deudor, o del resultante de la lista definitiva de acreedores, en función de que la propuesta se formule por esta minoría de acreedores antes o después de ser definitivo el texto de la lista de acreedores.⁽⁴⁾

La propuesta presentada es examinada por el juez. Éste la rechazará si no se han cumplido los requisitos sobre legitimación y plazo en la proposición, o si el contenido de la propuesta no se ajusta a los límites legales.⁽⁵⁾ Si el juez admite a trámite la propuesta, la someterá al dictamen de la intervención judicial. Este documento cumple una función informativa, a fin de que los acreedores cuenten con una opinión técnica sobre el convenio que les permita formar el sentido de voto.

9.3. Contenido de la propuesta de convenio

La propuesta de convenio es un documento en el que se indica cómo van a pagarse las deudas del concursado. La propuesta contiene, pues, una reestructuración del pasivo del deudor, con la que se proyecta modificar o extinguir tales deudas.⁽⁶⁾

(3) La formulación del llamado «plan de insolvencia» se regula en los §§ 217-234 de la *Insolvenzordnung*.

(4) No se reconoce legitimación, en cambio, a la administración del concurso, como en cambio hace el § 218.1 de la *Insolvenzordnung* alemana.

(5) El Derecho alemán ofrece mayor margen de actuación al juez, quien puede considerar las posibilidades de que el plan prospere o se cumpla (§ 231 de la *Insolvenzordnung*), de tal suerte que rechazará de oficio el plan en el caso de que estime que el mismo no puede ser aceptado por los acreedores o cumplido por el deudor.

(6) El análisis de las reglas reorganizativas de sociedades insolventes contenidas en el capítulo 11 del *US Bankruptcy Code* ha provocado una abundante literatura jurídico-económica, que ha desarrollado al respecto diversas aproximaciones: las conocidas como *bargaining-based approach*, *auctions approach* y *options approach*.

En el régimen concursal actual, apenas se establecen limitaciones sobre los contenidos posibles de esta propuesta: a lo sumo, en la suspensión de pagos se exigen mayorías distintas para la aceptación de la propuesta, según la duración de la espera o si existe quita; y en la quiebra de sociedades se permite que el convenio tenga por objeto la continuación o el traspaso de la empresa, posibilidad que se extiende para el convenio en suspensión de pagos con insolvencia definitiva. Por otra parte, el ordenamiento societario permite que una sociedad quebrada participe en una fusión o escisión, si el juez lo autoriza. La práctica concursal conoce —además de los clásicos contenidos remisorios (cuando se propone una quita o reducción del importe de los créditos) y dilatorios (cuando se propone una espera o aplazamiento en la exigibilidad de los créditos)— también los convenios con contenido liquidatorio (cuando el deudor cede la totalidad o parte de sus bienes para pago o en pago de sus deudas), o la capitalización de créditos.

En principio, parece lógico dejar a la voluntad de las partes (el deudor —primero— y sus acreedores —en su caso—) proponer el contenido del convenio que prefieran. Lo realmente importante es que, cuando la junta de acreedores acepte la propuesta, esta decisión responda a la efectiva voluntad (formada mayoritariamente) de los acreedores que están dispuestos a sufrir sacrificios económicos en la percepción de sus créditos. Quiere decirse con ello que, entre tales acreedores, se ha de excluir de participar en la votación de la propuesta a aquellos que no son ajenos al concursado, y también se ha de eliminar la perversa práctica del mercadeo de créditos concursales, tan frecuente en nuestra realidad concursal.

Las partes del convenio han de gozar de autonomía en la formulación y aceptación de los contenidos del convenio, siempre que en él no se disponga sobre derechos de terceros. Esta amplitud de contenidos es generalmente reconocida en el Derecho comparado: así en el alemán,⁽⁷⁾ portugués,⁽⁸⁾ francés...⁽⁹⁾

(7) El § 224 de la *Insolvenzordnung* alemana se limita a exigir que en el contenido del plan se indique en qué proporción se reducen los créditos, durante cuánto tiempo se aplazan, cómo se aseguran, o a qué otras circunstancias quedan sometidos.

(8) El *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência* portugués establece cuatro tipos de providencias de recuperación, en función de su contenido. El concordato (*concordada*: artículo 66) consiste en la simple reducción o modificación (entre la que se incluye la simple espera) de todos o parte de los créditos. El acuerdo de acreedores (*acordo de credores*: artículo 78) estriba en constituir una o más sociedades para explotar algunos establecimientos de la empresa deudora, cuando los acreedores, o algunos de ellos, asuman las actividades de aquéllos. La reestructuración financiera (*reestruturação financeira*: artículos 87-88) encierra una serie de medidas con las que se

Por ello, y más allá del bienintencionado propósito de acabar con prácticas que pueden parecer abusivas (y ciertamente lo son para los acreedores minoritarios), no resulta justificado el criterio del Anteproyecto de Ley Concursal (artículo 99), al establecer determinadas prohibiciones en la propuesta de convenio: quitas que excedan de la mitad del importe de cada crédito ordinario, esperas que excedan de cinco años, o cesiones de bienes o derechos en pago o para pago.

Por otra parte, el Anteproyecto (artículo 99.4) exige que a la propuesta de convenio se acompañen dos documentos: un plan de pagos, indicando los recursos para cumplirlos y su origen. Además, si se trata de un empresario insolvente, cuando tales recursos hayan de provenir de la continuación empresarial, ha de adjuntarse un plan de viabilidad, en el que se indiquen los recursos necesarios para asegurar dicha viabilidad y cómo van a obtenerse.⁽¹⁰⁾ La exigencia de este plan de viabilidad también parece bienintencionada, pero su efectividad puede ser puesta en duda. Con este plan se contribuye a dotar de seriedad a la propuesta de pagos que se formule, y si el plan es razonable puede mover al voto favorable de los acreedores. Pero poco más. Por contra, este requisito añade problemas prácticos: en primer lugar, el coste y el tiempo que comporta su formulación; en segundo lugar, va a limitar las posibilidades de que los acreedores presenten propuestas de convenio.

9.4. Aceptación del convenio por los acreedores

Presentada, admitida y examinada la propuesta de convenio, es la generalidad de los acreedores la que ha de decidir si la acepta. También aquí han de agilizarse las vías por las que conste dicha aceptación.

modifica el pasivo (incluyéndose la cesión de bienes a los acreedores) de la empresa o su capital, a fin de asegurar que el activo supere al pasivo y exista un fondo de maniobra positivo. La gestión controlada (*gestão controlada*: artículo 97) se basa en un plano de actuación global concertado por los acreedores, cuya ejecución se encomienda a una nueva administración, y de cuyo control se encarga una comisión designada por la junta de acreedores.

(9) Los artículos 81 y siguientes de la Ley francesa n. 85-98, de 25-I-1985, se ocupan de regular la cesión de la empresa, como solución independiente en el procedimiento concursal, junto con la continuación y la liquidación. Tanto la continuación de la explotación empresarial por el deudor (concretada en un plan de empresa *–plan d'entreprise–*, que puede imponer cesiones parciales de activo: artículo 69.2 de la Ley de 1985), como la cesión a un tercero, se configuran como medidas de saneamiento o reestructuración (*redressement*), que representa la solución preferible.

(10) La exigencia y contenidos de este plan de viabilidad se asemejan al resumen patrimonial (*Vermögensübersicht*) y al plan financiero y de resultados (*Ergebnis- und Finanzplan*) referido en el § 229 de la *Insolvenzordnung* alemana.

9.4.1. Aceptación por adhesiones de la propuesta anticipada

Con buen criterio, el Anteproyecto de Ley Concursal establece el sistema de adhesiones a la propuesta anticipada de convenio que formule el deudor. En todo caso, cabría objetar que entre las formas en que puede emitirse la adhesión (artículo 102.3 del Anteproyecto), no se haya previsto el documento informático, con firma electrónica avanzada. Por cuanto hace al plazo, los acreedores pueden adherirse a esta propuesta anticipada hasta que expire el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores. Y si tales adhesiones representan, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso, el juez declarará la aprobación del convenio.

9.4.2. Aceptación del convenio en junta de acreedores: presentación de propuestas, constitución, votación

Si no ha habido propuesta anticipada de convenio (porque el deudor no puede acogerse a este beneficio), o si tal propuesta anticipada no ha prosperado, y siempre que el deudor no opte por la liquidación, puede también proponerse la solución concordataria a los acreedores, pero ahora estando éstos constituidos en junta (lo que el Anteproyecto considera propiamente fase de convenio). Ésta es la única ocasión en que se ha de reunir este órgano, pues exigir la intervención de la junta de acreedores en otras fases del procedimiento (como actualmente ocurre en la quiebra) sólo sirve para ralentizar el desarrollo del concurso. En este segundo momento en que cabe la proposición de convenio, la propuesta puede ser formulada tanto por el deudor como por sus acreedores.

Por auto del juez se convocará la junta, una vez expirado el plazo de impugnación del inventario y la lista de acreedores, o resuelta dicha impugnación. En cuanto al plazo que debe mediar entre la convocatoria y la fecha de celebración de la junta, se ha de procurar que —en atención de las circunstancias— dicho plazo se dilate el menor tiempo posible. Por ello quizás debería revisarse el criterio del artículo 110.2 del Anteproyecto, que fija el plazo en dos o tres meses (según el momento de presentación de la propuesta de

convenio),⁽¹¹⁾ y también debieran simplificarse los momentos y legitimación para presentar propuestas (artículo 112 del Anteproyecto). Las propuestas de convenio –junto con el plan de pagos, y el plan de viabilidad, para el caso de que se cuente con recursos provenientes de la explotación empresarial– pueden ser presentadas una vez convocada la junta, y lo han de ser con una antelación razonable a fin de dar tiempo a la administración judicial para que las evalúe.

El quórum de constitución de la junta, el derecho (y el deber) de asistencia, el derecho de voto y la mayoría de acreedores requerida para aceptar la propuesta de convenio son también cuestiones que deben regularse de manera clara y simple (frente a la variedad de situaciones que actualmente se recogen en función del tipo de convenio concursal). En estos puntos se advierte, asimismo, la importancia de la clasificación de los acreedores en ordinarios, privilegiados y subordinados.

Por cuanto se refiere al quórum de constitución, éste se debe referir al pasivo ordinario y, en consonancia con la fijación de la mayoría de votación, dicho quórum podría fijarse en la mitad de dicho pasivo ordinario (como hace el Anteproyecto: artículo 115.4). Tienen derecho de asistir a la junta los acreedores reconocidos. A fin de agilizar y facilitar la constitución de la junta, ha de permitirse el derecho de representación de los acreedores, así como computar como presentes a los acreedores que hayan formulado la propuesta o se hayan adherido a la misma. De otro lado, se tiene que imponer el deber de asistencia del concursado y de la administración judicial.

Tras debatirse la propuesta (de lo cual debería permitirse la introducción de modificaciones), se procede a su votación. En cuanto a la mayoría exigida, convendría simplificarla en la mayoría de pasivo (no exigiendo, pues, la mayoría numérica), de manera que la propuesta de convenio se entienda aceptada por los acreedores cuando, al menos, al mitad del pasivo ordinario vota a favor de la misma. En aras de facilitar la aceptación de la propuesta, es acertado el criterio del Anteproyecto (artículo 123.2), al añadir una mayoría

(11) El § 235.1 de la *Insolvenzordnung* alemana fija en un mes el plazo para discutir la propuesta y el derecho de voto de los acreedores, y para votar la propuesta; además, el juez puede señalar un plazo separado de votación, que tampoco puede exceder de un mes (§ 241 de la *Insolvenzordnung*).

simple para el caso de que la propuesta sólo contenga el pago íntegro de los créditos con una espera inferior a tres años o el pago inmediato con una quita inferior al veinte por ciento.

Como premisa, se ha de establecer qué acreedores concursales tienen derecho de voto. Como hace el Anteproyecto (artículo 121), y puesto que la decisión mayoritaria se refiere al pasivo ordinario (cuya legitimidad no resulte sospechosa, a fin de evitar el conocido mercadeo de créditos concursales), debe negarse el derecho de voto a los acreedores subordinados⁽¹²⁾ y a aquellos adquiridos *inter vivos* tras la declaración concursal. De otro lado, el titular de un crédito privilegiado puede también votar a favor de la propuesta, afectándole en tal caso el convenio aprobado por el juez, y computándose su crédito en la cifra de pasivo sobre la que se calcula la mayoría necesaria.

En fin y por cuanto se refiere a la forma de emisión del voto, y junto a la votación nominal, debería reconocerse la posibilidad del voto por adhesión (escrita o mediante documento electrónico en el que se garantice la autenticidad de la declaración).

9.5. Impugnación del convenio

El convenio aceptado por la generalidad de los acreedores despliega sus efectos cuando es aprobado por el juez. Con carácter previo a esta aprobación judicial, existe la posibilidad de impugnar el convenio, para lo cual se restringe la legitimación activa, el plazo para dicha impugnación y las causas de la misma, y se prevé la tramitación incidental. A través de la impugnación del convenio aceptado por la junta (o de su rechazo de oficio por el juez) se persigue garantizar que el convenio ha sido aceptado respetando las exigencias legales.

Ciertos acreedores están legitimados para impugnar el convenio: los que no hayan asistido a la junta (y no se les tenga por presentes), los que votaron en contra de la propuesta, y los ilegítimamente privados del derecho de

(12) Al respecto, *cifra* el diverso tratamiento que ofrece el Derecho alemán en punto al consentimiento de estos créditos subordinados, según que se consideren extinguidos o no por el convenio: §§ 225, 246 de la *Insolvenzordnung*. De otro lado, el § 237.2 de la *Insolvenzordnung* niega el derecho de voto a aquellos acreedores que no resulten perjudicados por el convenio.

voto. También pueden impugnar el convenio la administración judicial, y el concursado si la propuesta aceptada no fue formulada por él y no la consiente.

El plazo de impugnación ha de ser breve (actualmente es de ocho días, y se considera que es un plazo procesal) y se computa desde la proclamación del resultado de la votación favorable a la aceptación del convenio.

Las causas de impugnación del convenio deben ser tasadas: la infracción en aspectos esenciales de las normas sobre tramitación de la aceptación en junta (convocatoria, constitución, celebración, votación), siempre que no puedan ser subsanadas; o cuando la aceptación del convenio se haya obtenido de manera desleal (en especial, favoreciendo a alguno o algunos acreedores y afectando a la *par condicio creditorum*). En tales casos, el juez –como garante de la legalidad– debe rechazar de oficio la aprobación del convenio, aunque no medie impugnación. El Anteproyecto (artículo 127.2) se refiere también a la inviabilidad objetiva de cumplimiento del convenio, y en tal caso exige que la impugnación sea promovida por la administración judicial o por los acreedores legitimados que representen, al menos, el 5% del pasivo ordinario.⁽¹³⁾

9.6. Aprobación judicial: efectos del convenio

Si el convenio aceptado por la junta de acreedores no es rechazado de oficio por el juez, o no es impugnado, o la impugnación no prospera, el juez aprobará el convenio. Desde esta aprobación judicial el convenio es eficaz.

Los efectos del convenio aprobado deben quedar clarificados, especialmente para poner fin a numerosas polémicas que el actual silencio normativo ha provocado.

En particular, han de establecerse qué efectos produce la aprobación judicial del convenio sobre los créditos concursales, sobre el concursado, y sobre los fiadores o deudores solidarios de éste. Además, deben determinarse las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento del convenio.

(13) Recuérdese que, en Derecho alemán, la evidente imposibilidad de cumplimiento de los compromisos formulados por el deudor es causa de rechazo de oficio de la propuesta de convenio (§ 231.1.3 de la *Insolvenzordnung*). De otro lado, el § 252.2 exige al acreedor impugnante del convenio que acredite que a través del convenio obtiene peor situación de la que tendría sin el mismo.

9.6.1. Efectos sobre los créditos concursales

Por cuanto se refiere a los efectos sobre los créditos concursales, el convenio aprobado vincula al concursado y a los acreedores concursales (esto es, a los titulares de créditos anteriores a la declaración del concurso), salvo los privilegiados que no hayan votado a favor de dicho convenio o no se hayan adherido posteriormente al mismo. Para esta vinculación de los acreedores es indiferente que los créditos hayan sido reconocidos o no en el procedimiento.

En relación con los créditos afectados por el convenio, éste implica una modificación de los mismos en su cuantía (si se ha pactado una quita), en el momento de su exigibilidad (si se pacta una espera), o en la posición de su titular (por ejemplo, si se capitalizan los créditos). Naturalmente, estos efectos se mantienen en la medida en que el deudor cumpla el convenio, puesto que, si lo incumple, cualquier acreedor puede denunciar el incumplimiento ante el juez del concurso y, si el juez declara dicho incumplimiento, se enervan los efectos del convenio sobre los créditos.

9.6.2. Efectos sobre el deudor

De otro lado, la aprobación del convenio conlleva que desaparecen las medidas de intervención o sustitución sobre el deudor, con lo que la administración judicial cesará en sus funciones.

Sin embargo, en el convenio pueden pactarse determinadas limitaciones a la libre actuación patrimonial del deudor, a las que debe darse publicidad en los registros públicos en que consten inscritos bienes o derechos del deudor y en el registro personal correspondiente (civil, mercantil, de cooperativas, asociaciones, fundaciones...).

9.6.3. Efectos sobre coobligados solidarios y fiadores del deudor

También ha de resolverse la discutida cuestión del alcance del convenio sobre los coobligados solidarios y fiadores del deudor. Sobre este punto, parece razonable acoger el criterio sostenido en el Derecho portugués, en el

sentido de que la solución concordataria no afecta a la existencia ni al importe de los créditos de los acreedores contra los coobligados o fiadores del deudor, a no ser que el acreedor en cuestión haya votado a favor del convenio, y en este caso en la medida en que haya quedado modificado su respectivo crédito.⁽¹⁴⁾

9.7. Cumplimiento e incumplimiento del convenio

En fin, si el deudor cumple el convenio y así lo acredita ante el juez, éste declarará el cumplimiento, si así lo estima, y dará a ello la publicidad correspondiente, ordenando, en su caso, la cancelación de las inscripciones registrales practicadas y relativas a las limitaciones de las facultades patrimoniales del deudor. Una vez declarado judicialmente el cumplimiento del convenio, concluye el concurso.

En cambio, si el deudor incumple el convenio, cualquier acreedor afectado por dicho incumplimiento puede denunciar el convenio ante el juez. El procedimiento para ello debería ser sencillo, tramitándose por vía de incidentes, ante el propio juez del concurso.

Sin embargo, convendría no ser excesivamente severos en la consideración del incumplimiento del convenio. Antes bien, parece razonable acoger el criterio sostenido en el sistema alemán, según el cual los efectos del convenio (en concreto, las quitas y esperas) desaparecen cuando el deudor se retrasa de manera considerable en el cumplimiento del convenio; se entiende que hay retraso considerable cuando el deudor no ha pagado una obligación vencida, a pesar de que el acreedor se lo ha advertido por escrito y le ha concedido una moratoria mínima de dos semanas.⁽¹⁵⁾

En el caso de que el juez declare el incumplimiento del convenio, cesan los efectos del mismo y el juez ordenará la liquidación del patrimonio del deudor.

(14) Artículo 63 del *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência* portugués. Esta solución parece menos tajante que la del § 254.2 de la *Insolvenzordnung* alemana, que declara que los derechos de los acreedores concursales contra los coobligados y fiadores del deudor no quedan alterados por el convenio, y añade que, sin embargo, a resultas del convenio el deudor se libera ante sus coobligados, fiadores, o cualesquiera otros sujetos autorizados a repetir contra él, en la misma medida en que queda liberado ante los acreedores concursales.

(15) § 255.1 de la *Insolvenzordnung* alemana.

X. Liquidación del activo y pago de los créditos. Terminación del concurso

10.1. Liquidación de la masa activa

10.1.1. El carácter residual de la liquidación

Tradicionalmente, el procedimiento de concurso de acreedores y el procedimiento de quiebra estaban ordenados a la liquidación del patrimonio del deudor insolvente, para satisfacer los créditos concursales con el resultado de la liquidación. Tales procedimientos se concebían como procedimientos de ejecución universal o colectiva (por contraposición a la ejecución singular), pero en todo caso ejecución. Sin embargo, la práctica ha revelado que la liquidación de patrimonios es muchas veces ruinoso. Por ello, esta finalidad originaria de los procedimientos concursales se vio complementada con la solución concordataria, que permitía a través del acuerdo entre el deudor y sus acreedores pactar una forma alternativa para el pago de los créditos. En muchos casos, dicho convenio servía para permitir la continuidad de la empresa. Pero tampoco faltan ocasiones en que se ha abusado del convenio, utilizándolo como instrumento para la liquidación al margen de las reglas previstas para la ejecución judicial.

En vistas a una reforma concursal, la ley debería distinguir claramente la finalidad del convenio de la que es propia de la liquidación, impidiendo que a través del convenio pueda pactarse una ejecución extrajudicial. De este modo, y como ya se ha expuesto en el capítulo anterior, el contenido del convenio sólo puede ser de continuidad, por lo que, si se quiere optar por la

liquidación, ésta debe ser solicitada directamente y practicarse bajo el control judicial.

Por ello, el primer supuesto en que cabe la liquidación es cuando ésta es directamente pretendida y solicitada por el deudor. Junto a ello, hay también supuestos de tránsito entre la solución del convenio y la liquidación: así, cuando no se formula propuesta de convenio, o cuando la propuesta no es admitida, o no es aceptada por la mayoría suficiente de acreedores, o habiendo sido aceptada no se aprueba judicialmente, o cuando el convenio aprobado es incumplido por el deudor.

En resumen, la liquidación será la solución concursal en tres supuestos: cuando es directamente solicitada por el deudor; cuando el convenio no llega a ser aprobado (por no superar todos los trámites que llevan a esta aprobación); cuando el convenio aprobado es incumplido. Por este motivo, la liquidación puede calificarse como una solución residual con respecto al convenio.

10.1.2. La fase de liquidación

Parece lógico que, una vez abierto el procedimiento liquidatorio concursal, el deudor ha de ser sustituido en la administración y disposición de sus bienes (si es que esta medida no se ha adoptado ya), en claro paralelismo con el embargo en una ejecución singular. Además, en el caso de las personas jurídicas la apertura de la fase de liquidación debería conllevar su disolución.⁽¹⁾

Con la liquidación, las facultades de administrar y disponer de la masa activa del concursado corresponden a la administración judicial. Ésta no debe limitarse a las funciones propias del depósito y la administración de bienes, sino que además debe proponer un plan de liquidación, en el que debe compaginarse la flexibilidad con la seguridad jurídica. En principio, no debe negarse cualquier medio que posibilite la obtención del mayor precio de enajenación y, por otra parte, deben establecerse las precauciones necesarias para evitar fraudes en perjuicio de los acreedores. Así, podrían admitirse soluciones como la venta directa o la enajenación a través de persona física o

(1) En este sentido ha de acabarse con el equivoco tratamiento que de esta cuestión se hace en la legislación actual, especialmente en el caso de la sociedad anónima (artículo 260.2 de la Ley de Sociedades Anónimas) y de la sociedad de responsabilidad limitada (artículo 104.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

jurídica especializada y, por supuesto, la subasta judicial. Este plan de liquidación debe ser aprobado por el juez, después de haber dado vista a las partes interesadas (deudor y acreedores). En todo caso, la aprobación judicial del plan ha de velar porque el precio que vaya a obtenerse por la enajenación sea superior al valor tasado de los bienes.

En síntesis, la solución adoptada por el Anteproyecto sobre este punto nos parece razonable, salvo la exigencia de que la enajenación del conjunto empresarial o de unidades productivas se realice necesariamente a través de subasta (artículo 148.1^a). También en estos casos puede ser más beneficioso para todos la venta directa, con las garantías apuntadas.

Va de suyo que, al llevar a cabo la liquidación, la administración judicial ha de actuar en interés de los acreedores. Por eso, ha de mantenerse la tradicional prohibición de que adquieran los bienes enajenados de la masa activa del concursado.⁽²⁾ En términos generales, existe una contradicción entre el interés de los acreedores y el interés particular de los administradores judiciales de adquirir algún bien de la masa.

De otro lado, la realización de las operaciones liquidatorias ha de ser ágil y no debe demorarse más allá de lo estrictamente necesario. Por ello, el plan de liquidación aprobado ha de contener una previsión temporal, comprometiéndose la administración judicial a llevar a cabo dicha liquidación en el plazo señalado. El incumplimiento de este compromiso debe sancionarse, con la separación de los administradores judiciales y la pérdida de su derecho a la retribución. A falta de un plazo concreto especificado en el plan, debería aplicarse un plazo legal.

Sobre este particular, el Anteproyecto señala el plazo de un año (artículo 152.1), aunque no prevé que pueda fijarse otro judicialmente en la aprobación del plan de liquidación. Esta posibilidad debería admitirse porque atendería a las circunstancias concretas del patrimonio que ha de ser liquidado, y que puede justificar –por su mayor o menor complejidad– una ampliación o disminución del plazo legal.⁽³⁾

(2) Ya contenida en el artículo 1089 del Código de Comercio de 1829.

(3) Por otra parte, el artículo 152 del Anteproyecto contempla también la separación de los administradores judiciales, cuando se retrasen injustificadamente en la realización de la liquidación. Con buen criterio, el texto proyectado hace suyo lo dispuesto por el artículo 111 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en relación con la separación de los liquidadores societarios.

10.2. Pago de los créditos

La clasificación de los créditos (en concursales y contra la masa y, dentro de los primeros, en privilegiados, ordinarios y subordinados) responde a la finalidad principal de ordenar el pago de los créditos.⁽⁴⁾

10.2.1. Prededucción de los créditos contra la masa

Los créditos contra la masa gozan del llamado beneficio de prededucibilidad. Esto es, cobran antes que los créditos concursales. Ello se justifica porque son créditos postconcursoales y, en consecuencia, no deben verse afectados por el concurso; antes bien, han de satisfacerse conforme sean exigibles. Su pago se hará con el producto de la liquidación de los bienes de la masa, salvo de aquellos que estén afectados a algún crédito con privilegio especial, mientras dicho crédito privilegiado no sea satisfecho.

Sin embargo, ha de evitarse que su reclamación pueda perturbar las operaciones concursales. Por eso, resulta acertado el criterio del Anteproyecto, al suspender la ejecución judicial de estos créditos mientras no se apruebe el convenio, se abra la fase de liquidación, o tras haber pasado un año desde la declaración concursal sin realizarse alguno de estos dos actos (artículo 153.2).

10.2.2. Pago de los créditos concursales

En el pago propiamente concursal, en primer lugar son satisfechos los créditos privilegiados. En ellos se distingue entre los que gocen de un privilegio especial (sobre un bien concreto y determinado) y los que tengan privilegio general (sobre todos los bienes del concursado). Los primeros tienen preferencia para cobrar sólo respecto del dinero obtenido en la enajenación de los bienes afectados por su privilegio, mientras que los segundos extienden su preferencia de cobro sobre el resultado de la liquidación.

(4) Junto a ello, y por lo que se refiere a los créditos concursales (los únicos afectados por el convenio), la clasificación en privilegiados, ordinarios y subordinados conlleva notables consecuencias en la aceptación del convenio y en el ámbito de los créditos a los que este convenio afecta.

En los créditos con privilegio general sólo gozan de absoluta preferencia en el cobro los créditos salariales del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, tradicionalmente denominados «créditos singularísimamente privilegiados».⁽⁵⁾ Esta preferencia lo es incluso por encima de los créditos con privilegio especial (por ejemplo, los garantizados con hipoteca, prenda...).

Por supuesto, el resto de los créditos con privilegio general se pagarán una vez deducidos los importes de los créditos contra la masa, y con el producto de la liquidación de los bienes que no estén afectos a créditos con privilegio especial o al remanente que resulte de los bienes afectos tras satisfacer tales créditos especialmente privilegiados. Estos créditos con privilegio general deberían cobrar todos a prorrata. En este sentido, discrepamos del orden de graduación en el pago previsto en el Anteproyecto (artículo 155, con la remisión al artículo 90). Antes bien, consideramos que, salvo la preferencia de los créditos salariales singularísimamente privilegiados, los restantes créditos con privilegio general merecen concurrir en igualdad de condición entre ellos.

Después de haber sido satisfechos los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, se pagarán los créditos ordinarios, si aún hay sobrante de la liquidación. Tales créditos ordinarios se pagarán a prorrata.

Por último, y –como siempre– si todavía existe activo que repartir una vez satisfechos todos los créditos anteriores, cobrarán los créditos subordinados. A ellos también se les pagará a prorrata.

10.2.3. Efectos del pago. Créditos no satisfechos

Una vez liquidado el activo y pagados los créditos hasta donde alcance con lo obtenido de la realización de los bienes del deudor, termina el concurso. Si el concurso es calificado como fortuito, el deudor quedará exonerado de las deudas que no hayan sido satisfechas.⁽⁶⁾ Por el contrario, en los casos de que el concurso sea calificado como culpable o fraudulento, y queden deudas pendientes de satisfacción, se mantiene la responsabilidad del deudor.

(5) Los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

(6) Un extenso tratamiento de la exoneración de la deuda residual, para el caso de que el deudor sea persona física, se contiene en los §§ 286-303 de la *Insolvenzordnung* alemana.

10.3. Terminación del concurso

La forma normal de conclusión del concurso debería ser o el cumplimiento del convenio aprobado o, en su caso, el pago de los acreedores subsiguiente a la liquidación del activo. Una vez concluidas las operaciones de liquidación y pago, los administradores judiciales deberán rendir cuentas de su gestión, que habrán de ser aprobadas judicialmente, previa audiencia de las partes (el deudor y los acreedores personados).

La falta de activo realizable no supone, por sí misma, una forma especial de terminación del concurso, sino una situación que puede presentarse al realizarse las operaciones de liquidación, si es ésta la solución adoptada en el concurso. Puede que en la masa activa haya más o menos bienes, e incluso que no los haya. En todo caso, siempre será necesario inventariar los bienes (aunque sea para advenir que no hay), dar tiempo a que pueda suscitarse el ejercicio de alguna acción de reintegración, y habrá también que graduar los créditos. Y, además, la calificación del concurso ha de seguir su tramitación. La misma razón que justifica la terminación del concurso cuando el activo sólo permite satisfacer algunos créditos es la que justifica la conclusión del mismo cuando no hay bienes para pagar crédito alguno.

Una vez declarado el concurso, no cabe el desistimiento por parte del deudor, en razón del interés público que se da cita en este procedimiento. Ello está en concordancia con el deber del deudor de presentarse en concurso cuando se encuentra en situación de insolvencia. Tampoco es posible el desistimiento del acreedor instante, porque la declaración concursal trasciende su interés particular para alcanzar al del resto de los acreedores. Ni siquiera cabría el desistimiento de todos los acreedores reconocidos, pues el deudor podría estar interesado en la continuación del concurso. La única situación imaginable es que, una vez reconocidos los créditos, todos los acreedores acordaran una transacción con el deudor, con la que se pusiera fin al concurso.

XI. La calificación del concurso

11.1. Finalidad de la calificación

Al abordar el tema de la finalidad de la calificación en el concurso, se deben solucionar tres cuestiones.

- La primera: si procede una calificación en el plano civil, distinta a las consecuencias penales que puedan derivar de la situación de insolvencia.

- La segunda: si se admite la conveniencia de la calificación civil, ha de determinarse para qué ha de servir; en otras palabras: qué consecuencias derivan de la calificación.

- La tercera: como desarrollo de lo anterior, de qué maneras se ha de calificar la insolvencia; o lo que es lo mismo, en cuántas clases (básicamente, dos: fortuita o culpable; o, como en el régimen actual, tres: fortuita, culpable o fraudulenta).

a) Tiene sentido mantener la dualidad de calificaciones –civil y penal– de la insolvencia. Al margen de las consecuencias penales que el legislador considera para determinadas conductas relacionadas con la insolvencia de un deudor, la protección de la seguridad del tráfico económico exige también que, ante una situación de concurso, se eviten de modo eficaz conductas fraudulentas y se concedan beneficios a quienes devienen insolventes de modo fortuito. Con estas dos medidas en el plano civil se estimula la actuación honesta en la actividad económica.

El reproche penal debe quedar reservado para preservar el orden público general ante conductas extremadamente graves, y las consecuencias son las propias de la imposición de la correspondiente sanción penal. Con la calificación civil, en cambio, se persigue mantener la seguridad del tráfico económico.

b) Así las cosas, y frente al sistema vigente, en el que la simple declaración de quiebra conlleva la inhabilitación del quebrado y los requisitos para que se obtenga la rehabilitación son muy difíciles de cumplir, en el futuro sistema debería esperarse a la conclusión del incidente de calificación, para acordar los efectos correspondientes. Estos no deberían quedar reducidos a la inhabilitación del concursado culpable, pero tampoco deberían acarrear consecuencias penales. La solución más acorde con la seguridad del tráfico económico sería sancionar con la inhabilitación únicamente al concursado fraudulento. Por otra parte, se debería conceder al concursado fortuito el beneficio de quedar exonerado de las deudas insatisfechas con la liquidación que se pueda realizar en el procedimiento concursal.

c) Una calificación dual, que no admita más distinción que concurso fortuito y concurso culpable, como hace el Anteproyecto (artículo 162.2), puede resultar simplista. No todas las conductas incorrectas merecen el mismo reproche: antes bien, hay grados. Tradicionalmente se ha distinguido entre el concurso fortuito y aquellas insolvencias acompañadas de conductas negligentes o de otras con un claro propósito defraudatorio de los intereses de los acreedores.

Ciertamente puede y debe distinguirse entre la negligencia (no observancia de las normas o estándares de conducta exigibles a cada sujeto) y el dolo (como propósito de causar daño, que en el caso de la insolvencia es el perjuicio provocado a los acreedores).

Si el deudor ha sido honesto, por haber actuado de manera diligente en el tráfico económico (cumpliendo, si es comerciante, con las exigencias de llevanza de contabilidad o, si es una sociedad, con los deberes impuestos a sus administradores y, en todo caso, como deudor insolvente, presentándose oportunamente en concurso), pero ha tenido mala suerte, no debe ser inhabilitado (esto es, apartado del comercio). Al mismo tiempo, la corrección

de su conducta puede hacerle merecedor del beneficio de, una vez liquidado su patrimonio en pago de los acreedores, verse liberado de las deudas a las que este patrimonio no alcance a satisfacer.

La negligencia, en cuanto que la conducta del deudor no se ha ajustado a lo que resulta exigible a quien actúa en el tráfico económico, no debe acarrear la inhabilitación del concursado. Por tanto, el concursado culpable podría seguir ejerciendo el comercio, pero su negligencia impide que pueda acogerse al beneficio de la remisión de las deudas insatisfechas con la liquidación concursal. Así pues, la negligencia no se sanciona gravemente con la imposibilidad de ejercer el comercio, pero tampoco se premia con la remisión de deudas pendientes.

Por último, la conducta dolosa o fraudulenta no merece contemplaciones. A quien la ha cometido se le ha de sancionar con la prohibición de ejercer el comercio.

En el ámbito civil, tradicionalmente al quebrado o concursado no rehabilitados se les ha prohibido el ejercicio de cargos tutelares, cuando la tutela conlleva la administración patrimonial. En el futuro, esta inhabilitación tiene sentido no sólo en el caso del concursado declarado fraudulento, sino también del culpable, pues quien no ha cumplido con los deberes exigidos en el tráfico económico no ofrece garantías suficientes para velar por los intereses patrimoniales de un menor o incapaz sujeto a tutela.

Así las cosas, la calificación del concurso no debería afectar a la posibilidad de proponer un convenio, pues ésta puede ser incluso una solución más favorable para los acreedores, a quienes en este sentido no debe perjudicar la conducta fraudulenta o culpable del concursado.

Tampoco parece justificado sancionar, como se hace en el Anteproyecto (artículo 171.3), a los administradores de la persona jurídica concursada (cuyo concurso se califique como culpable) con la obligación de pagar el importe de los créditos no satisfechos con la liquidación concursal. No acaba de comprenderse por qué la conducta culpable o fraudulenta puede servir para extender subsidiariamente la responsabilidad de la sociedad a sus administradores. En el orden práctico, una medida como la pretendida disuadiría a los acreedores de aceptar la propuesta de convenio, a fin de provocar la li-

quidación y, con ella, la responsabilidad de los administradores si el concurso se califica como culpable.

11.2. Conductas que han de ser consideradas para calificar el concurso

La consideración del concurso como fortuito no precisa una tipificación de conductas. Se entiende que el concurso es fortuito cuando en la conducta del concursado no se aprecia negligencia o propósito de perjudicar a los acreedores. Así y por exclusión, es fortuito el concurso que no merezca la calificación de culpable o fraudulento. Ello impone la necesidad de tipificar las conductas que han de llevar a la calificación de concurso culpable o de concurso fraudulento.

La calificación de culpabilidad deriva, bien de la negligencia del deudor previa a la declaración del concurso, o bien de la falta de colaboración con el juez y la administración judicial durante el proceso concursal. Determinadas conductas implican falta de diligencia en la actuación del concursado: no haber cumplido el deber de presentarse oportunamente en concurso; haber incurrido en gastos excesivos o desproporcionados; o —en el caso del deudor empresario— haber cometido irregularidades en la llevanza de la contabilidad (que no impidan informar suficientemente sobre la situación patrimonial y financiera de la empresa), así como el incumplimiento del deber de depositar las cuentas anuales.

La calificación de fraudulencia debe quedar reservada para aquellas conductas anteriores a la declaración concursal que implican, por sí mismas, el ánimo de perjudicar a los acreedores, y para los actos posteriores a la declaración de concurso por los que se eluda la intervención judicial. Entre las primeras conductas que darían lugar a una presunción legal de intención de perjudicar a los acreedores estarían: el alzamiento o la distracción de bienes; las operaciones de ocultación de activo o disimulación de pasivo; y, en el caso de empresario concursado, la falta de llevanza de contabilidad o cuando el estado de la misma impida conocer la situación real de la empresa. Asimismo, habrían de incluirse las falsedades documentales, aunque no medie sentencia penal condenatoria, siempre que en el incidente de calificación se

acredite que el deudor ha utilizado documentos falsos para la solicitud de concurso o para actuaciones posteriores en el desarrollo del proceso (por ejemplo, adhesiones falsas a la propuesta de convenio).

11.3. Sujetos a los que alcanza la calificación del concurso

Una tercera cuestión que la calificación plantea es la relativa a los sujetos a los que se refiere la calificación concursal. En la calificación se enjuician las conductas que han provocado la insolvencia y, por supuesto, a quienes las realizan. En el caso del deudor no comerciante y del empresario individual no hay mayores problemas, pues se enjuicia su conducta y sobre ellos recaerán directamente las consecuencias de la calificación. En cambio, si se trata de personas jurídicas, las conductas se atribuyen a quienes tienen reconocida, o ejercen de hecho, la administración y representación de aquéllas.

Las consecuencias que derivan de la calificación concursal para estos administradores o representantes de personas jurídicas tienen relevancia en el caso del concurso fraudulento, ya que aquéllos quedarán inhabilitados para el ejercicio del comercio y para formar parte de órganos de administración de sociedades mercantiles.

Por otra parte, la calificación también afectará a terceros acreedores que, con dolo o negligencia, hayan contribuido en las conductas reprochadas como culpables o fraudulentas. Las consecuencias que podrían derivar de esta declaración de complicidad serían que, si el concurso es culpable, el crédito de los cómplices fuera calificado como crédito subordinado, y si el concurso es fraudulento, tales cómplices perderían todo derecho a cobrar con cargo a la masa.

11.4. La tramitación de la calificación

Por último, es de extraordinaria importancia dotar a la calificación de un procedimiento ágil y con garantías.

Ha de ser un incidente aparte, esto es, con tramitación paralela y no de previo pronunciamiento. En él serían parte el ministerio fiscal, la adminis-

tración judicial y todos los sujetos cuyas conductas se enjuician. Aunque ya ha quedado dicho que merece distinguirse la calificación penal de la calificación civil (concurzal), la intervención del ministerio fiscal en el concurso se justifica porque las consecuencias de la calificación exceden la mera satisfacción de un interés particular. Dicha calificación puede afectar a la situación jurídica de un sujeto, ya que puede conducir a una limitación de la capacidad de obrar.

El incidente de calificación debe ser un trámite contradictorio, en el que se dé ocasión de defenderse a los sujetos afectados (concurzado, sus administradores, y supuestos cómplices) y de oír a cualquier acreedor que esté interesado.

Este incidente debería abrirse en todo caso, una vez declarado el concurso: tanto si es voluntario, como necesario, o se ha abierto de oficio; y con independencia de la solución concurzal (convenio o liquidación) por la que se opte.

A fin de poder considerar todas las conductas relevantes para la calificación, el incidente debería empezar una vez aprobado el convenio o iniciada la fase de liquidación. El incidente comenzaría con un informe (a modo de solicitud de calificación) de la administración judicial. Del mismo se daría traslado al ministerio fiscal, para que dictamine. Si la administración judicial y el ministerio fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, concluiría el incidente con esta calificación. Si no fuera así, el juez daría traslado del informe y del dictamen al concurzado y a los supuestos cómplices, para que puedan contestar en un breve plazo. Los acreedores podrían coadyuvar a la solicitud de calificación o a la oposición a la misma y para facilitarlos, los autos quedarían a la vista una vez presentado el dictamen del ministerio fiscal. A continuación las partes personadas serían convocadas a una vista, en la que se practicaría la prueba propuesta y declarada pertinente (de acuerdo con lo que es objeto de enjuiciamiento), y cada una de las partes formularía sus conclusiones. El incidente concluiría con sentencia del juez.

Tercera parte
CONCLUSIÓN

XII. Síntesis de las propuestas formuladas

Como resumen del análisis realizado, podemos deducir las siguientes conclusiones sobre cómo podría realizarse la reforma concursal. Algunas de estas tesis coinciden con los criterios seguidos por el Anteproyecto de Ley Concursal. Pero estas conclusiones no son una síntesis del Anteproyecto, sino de las ideas que sobre la reforma concursal hemos ofrecido al exponer las claves de la misma.

Primera. La reforma debe venir presidida por los principios de unidad legal, unidad de disciplina y unidad de procedimiento. Un solo texto normativo ha de disciplinar los aspectos sustantivos y procedimentales del concurso, con independencia de que el deudor insolvente sea o no comerciante, y de la solución que se quiera dar al concurso (el convenio o la liquidación). Ello se ha de entender sin perjuicio de que se establezca una simplificación en algunos de los trámites, cuando el deudor sea un consumidor o se trate de una empresa de reducidas dimensiones.

Segunda. La complejidad de las cuestiones que se ventilan en el concurso aconseja que la competencia judicial se atribuya a juzgados especializados (juzgados mercantiles con sede en cada capital de provincia). El criterio para atribuir la competencia jurisdiccional territorial debe venir marcado por el domicilio del deudor o el centro de sus principales intereses.

Tercera. El presupuesto objetivo del concurso ha de ser la insolvencia, entendida como la situación de impago generalizado de las deudas.

Cuarta. El concurso debe ser solicitado por el propio deudor cuando se encuentre en la situación de insolvencia (concurso voluntario); también puede serlo por cualquiera de sus acreedores legítimos (concurso necesario). Excepcionalmente, cabría una declaración de oficio, cuando existiera una acumulación de ejecuciones y se advirtiera la insuficiencia de los bienes para hacer pago de las reclamaciones. Igualmente el ministerio fiscal podría solicitar el concurso, a raíz de procedimientos penales por delitos económicos en los que se constate la insolvencia del deudor.

Quinta. En caso de concurso necesario, la declaración precisará de la previa audiencia del deudor. No obstante y como medida cautelar, al admitir a trámite la solicitud podría acordarse la intervención judicial.

Sexta. La declaración de concurso ha de ser susceptible de revisión, a instancia de cualquiera de los interesados, y ello sin perjuicio de que el procedimiento siga su curso.

Séptima. Para que el concurso pueda cumplir su cometido (salvaguardar la *par condicio creditorum* y la integridad del patrimonio del deudor), con la declaración concursal se suspenderá la tramitación de todas las ejecuciones (en el orden civil y social) y apremios administrativos pendientes contra el patrimonio del concursado, debiendo acumularse unas y otros al concurso. Como excepción, no se acumularán las ejecuciones de garantías reales (hipotecas, prendas...), aunque se suspendan provisionalmente las ya iniciadas o la posibilidad de instarlas, hasta que se haya aprobado el convenio o se haya decidido la liquidación o haya transcurrido un año desde la declaración concursal. La declaración concursal no afecta a los juicios declarativos pendientes o que puedan iniciarse con posterioridad, ni alterará la competencia judicial para conocer de los mismos.

Octava. Mientras no se opte por la liquidación, la declaración de concurso dará lugar a una simple intervención en las facultades de administración y disposición patrimoniales del concursado. En el caso de liquidación, procederá la administración judicial, de modo que el deudor quedará sustituido en la administración y disposición de sus bienes. Todo ello sin perjuicio de que, en uno u otro caso, el juez pueda alterar las medidas adoptadas en este punto.

Novena. La declaración de concurso no conlleva necesariamente la interdicción legal del deudor. Sólo una vez hecha la calificación, podrá sancionarse al concursado, cuya conducta haya sido reputada fraudulenta.

Décima. Declarado el concurso, no cabe la compensación de los créditos y deudas recíprocos entre el deudor y un tercero, salvo en aquellos contratos *ex eadem causa* (como el de cuenta corriente, por el pacto de compensación automática que encierra) y los contratos referidos a instrumentos financieros derivados con pacto de compensación.

Decimoprimera. Como regla general, la declaración concursal no debe ser causa de extinción de los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento. En interés de la masa, y ante la posibilidad de continuación empresarial, debería dejarse a la administración judicial la facultad de optar por el cumplimiento o la resolución.

Decimosegunda. Para la reintegración a la masa de los bienes y derechos del concursado distraídos en un período próximo a la declaración de concurso, deben instrumentarse acciones impugnatorias de naturaleza rescisoria y fundadas en el perjuicio para la masa. Para facilitar dichas acciones, puede preverse un sistema de presunciones de perjuicio para aquellos actos o negocios que, por su naturaleza y/o por el momento en que se han realizado, evidencien aquel perjuicio. Debe abandonarse, pues, el actual sistema de la retroacción absoluta previsto para la quiebra.

Decimotercera. En la formación de la masa pasiva (créditos concursales) ha de articularse un procedimiento ágil y sencillo: la comunicación de sus créditos por parte de los acreedores en un período no excesivamente dilatado (un mes, por ejemplo); la elaboración de un estado general de créditos y su clasificación por la administración judicial; la posibilidad de impugnar esta relación por parte de los acreedores y del propio deudor, antes de que el juez la apruebe definitivamente.

Decimocuarta. Los créditos concursales pueden clasificarse en: ordinarios y, por contraste con éstos en sentido inverso, privilegiados y subordinados. El principio de la *par condicio creditorum* exige que se reduzca y simplifique radicalmente el sistema actual de privilegios, reconociendo tal carácter tan sólo a aquellos que merecen dicha protección por los intereses

que concurren en los mismos (créditos salariales, créditos tributarios y de la Seguridad Social, créditos con garantía real y créditos refaccionarios). En caso de liquidación, los créditos privilegiados son los primeros en cobrar; y si la solución concursal es el convenio, sólo les afectará si se adhieren o votan a favor del mismo. Conviene introducir la categoría de créditos subordinados, para aquellos que por su naturaleza (accesoria o sancionatoria), así como por las vinculaciones de su titular con el deudor, merezcan ser postergados con relación a los créditos ordinarios.

Decimoquinta. El convenio ha de configurarse como solución preferente a la liquidación. Ha de concederse libertad a las partes (el deudor y los acreedores) para que establezcan el contenido del convenio que consideren conveniente, siempre que sea un convenio de continuidad (empresarial). El deudor honesto puede presentar una propuesta de convenio al solicitar el concurso, y dicha propuesta anticipada podrá tramitarse y aceptarse a través del sistema de adhesiones, evitando la convocatoria de junta. Pero, tanto el deudor como los acreedores, también pueden proponer un convenio con posterioridad, para que sea discutido y, en su caso, aceptado en junta de acreedores. Superada la eventual fase de impugnación, el juez aprobará el convenio, si se ajusta a la legalidad: no se trata de una simple homologación del convenio, sino de una auténtica aprobación judicial. Si el convenio se incumple, su denuncia ha de tramitarse de forma ágil por un incidente dentro del concurso y, caso de estimarse, dará lugar a la apertura de la liquidación.

Decimosexta. Cuando no se alcance el convenio, o éste se incumpla, o directamente se opte por la liquidación, ésta se realizará sobre todos los bienes del concursado susceptibles de embargo y ejecución concursal, para pagar los créditos con el resultado de la liquidación. Las formas de realización de los bienes han de ser flexibles y deben encaminarse a la obtención del máximo valor. Para ello puede optarse por la cesión global de la empresa, o por la realización de unidades productivas, lotes o bienes concretos mediante adjudicación directa, o por los medios actualmente recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución, atendiendo al criterio de la mayor rentabilidad.

Decimoséptima. Además de los créditos concursales, existen otros denominados créditos contra la masa, que son generados con posterioridad a la declaración de concurso y que, por ello, no se ven afectados por las reglas

del pago concursal. Por esta razón, los créditos contra la masa han de pagarse conforme sean exigibles, prededuciéndose de lo obtenido en la realización de la masa activa, salvo de los bienes afectados por un privilegio especial. Los créditos con privilegio especial gozan de preferencia en el cobro sobre los bienes afectados por el privilegio (hipoteca, prenda, créditos refaccionarios...). Los créditos con privilegio general cobran con preferencia a los ordinarios, con respecto a lo obtenido de la liquidación de los restantes bienes. Dentro de estos créditos con privilegio general no debería existir graduación, con la única excepción de los créditos salariales singularísimamente privilegiados previstos en el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, que cobrarán con preferencia a cualquier clase de crédito (incluso sobre los créditos contra la masa o los créditos con privilegio especial). Una vez satisfechos los créditos privilegiados, cobrarán los créditos ordinarios a prorrata. Sólo cuando éstos haya sido totalmente pagados, se satisfarán los créditos subordinados.

Decimooctava. Convendría mantener la tradicional triple calificación del concurso en fortuito, culpable y fraudulento. Si el concurso se califica como fortuito (en el caso de deudores honestos), éstos podrán obtener la remisión de las deudas residuales (aquéllas que no lleguen a pagarse con lo obtenido en la liquidación). Cuando el concurso se califique como culpable (por incumplimiento negligente de determinados deberes), el deudor no puede acogerse a la exoneración de las deudas residuales, pero tampoco se ve sancionado con la interdicción legal. Si el concurso se reputa fraudulento (por el ánimo de perjudicar a los acreedores), además de denegarse al deudor la remisión de las deudas pendientes, se le sanciona con las interdicciones legales (imposibilidad de ejercer el comercio y ocupar cargos directivos en compañías mercantiles). Tanto si la calificación del concurso es culpable como si es fraudulento, el deudor quedará inhabilitado para el ejercicio de cargos tutelares que conlleven la administración de bienes ajenos.

Bibliografía

- AGHION, PHILIPPE (1998): «Bankruptcy and its reform», en Autores varios, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (ed. Peter Newman), Macmillan Reference Ltd., Londres, vol. I, págs. 145-148.
- ALCOVER GARAU, GUILLERMO (1996): «Consideraciones generales sobre una alternativa a la reforma propuesta del Derecho concursal español», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 6, págs. 475-488.
- ALONSO LEDESMA, CARMEN (1998): «Algunas consideraciones sobre el tratamiento de los acreedores en la reforma del Derecho Concursal español», en Autores varios, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Universidad de Valladolid, Valladolid, volumen II, págs. 1583-1598.
- ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO (1991): «La disciplina de los procesos concursales. Criterios de reforma», en Autores varios, *Estudios Girón*, Madrid, págs. 119-132.
- BEBCHUK, LUCIAN ARYE (1998): «Chapter 11», en Autores varios, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (ed. Peter Newman), Macmillan Reference Ltd., Londres, vol. I, págs. 219-223.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (1996): «Una nueva propuesta de Ley Concursal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 237 (14 de marzo), págs. 1-4.
- (1997): «El convenio en la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal del profesor Ángel Rojo», *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Monográfico: La reforma del Derecho Concursal, págs. 89-119.
- BREUER, WOLFGANG (1998): *Das neue Insolvenzrecht*, Beck, Múnich.
- CERDÁ ALBERO, FERNANDO y SANCHO GARGALLO, IGNACIO (2000): *Curso de Derecho Concursal*, Colex, Madrid.

- DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO F. (1980): «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», *Anuario de Derecho Civil*, págs. 29-103.
- FLETCHER, IAN F. (1996): *The Law of Insolvency*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, Londres.
- GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL (1985): «Instituciones concursales y paraconcursoales: El ámbito de una reforma», en Autores varios, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, págs. 189-209.
- (1985): «El Derecho concursal comunitario», en Autores varios, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, págs. 237-277.
- (2001): «El Anteproyecto de Ley Concursal español del 2000: las bases de una reforma esperada», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 491 (21 de junio), págs. 1-6.
- GARRIDO GARCÍA, JOSÉ MARÍA (1996), «La reforma del Derecho concursal español. Reflexiones en torno a la ‘Propuesta de anteproyecto de la Ley concursal’ del Profesor Ángel Rojo», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 64, págs. 889-943.
- GIRÓN TENA, JOSÉ (1985): «Introducción (Temario para una encuesta)», en Autores varios, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, págs. 7-28.
- (1985): «Los institutos concursales en el Anteproyecto de Ley Concursal: sus funciones y relaciones», en Autores varios, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, págs. 133-144.
- GONDRÁ ROMERO, JOSÉ MARÍA (1985): «Reflexiones en torno a la ‘funcionalidad’ del sistema concursal proyectado», en Autores varios, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, págs. 145-177.
- GONZÁLEZ CAMPOS, JULIO D. (1985): «Competencia judicial de los Tribunales españoles para declarar el concurso del deudor y eficacia en España del concurso declarado en el extranjero (Observaciones sobre el Título XI del Anteproyecto de Ley Concursal)», en Autores varios, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, págs. 211-235.
- GUYON, YVES (1995): *Droit des affaires. Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire. Faillite*, 5ª ed., tomo 2, Economica: París.
- HÄSEMAYER, LUDWIG (1998): *Insolvenzrecht*, 2ª ed., Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich.
- ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL (1997): «La reforma de la mecánica del Derecho Concursal español: procedimientos, jurisdicción, operadores», *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Monográfico: La reforma del Derecho Concursal, págs. 11-26.

- JANDER, KLAUS H. (1993): «Übersicht über das amerikanische Konkursrecht unter Berücksichtigung der Reformvorhaben», *Recht der Internationalen Wirtschaft*, núm. 7, págs. 547-553.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO JESÚS (1998), «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español. Ante un nuevo impulso de los trabajos de actualización de este sector de nuestro ordenamiento jurídico», en Autores varios, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Universidad de Valladolid, Valladolid, volumen II, págs. 1643-1653.
- LE CANNU, PAUL, LUCHEUX, JEAN-MICHEL, PITRON, MICHEL, SÉNÉCHAL, JEAN-PIERRE (1994): *Entreprises en difficulté. Prévention, redressement et liquidation judiciaires*, Joly, París.
- MEJÍAS GÓMEZ, JAVIER (1997): «La formación de la masa en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995», *Cuadernos de Derecho y Comercio* Monográfico: La reforma del Derecho Concursal, págs. 45-87.
- MELLADO RODRÍGUEZ, MANUEL (1997): «Efectos de la declaración judicial de concurso. Especial referencia a la problemática relativa a la representación», *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Monográfico: La reforma del Derecho Concursal, págs. 27-44.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO (1994): «Sobre la reforma del derecho concursal y el apoyo de los estudios económicos», *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 2, págs. 6-8.
- OBERMÜLLER, MANFRED y HESS, HARALD (1995): *Insolvenzordnung*, Müller, Heidelberg.
- OLIVENCIA RUIZ, MANUEL (1985): «Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado», en Autores varios, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, págs. 29-45.
- (1998): «Ley y disposiciones legales modelo como instrumentos de armonización y unificación internacional del derecho de la insolvencia», en Autores varios, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Universidad de Valladolid, Valladolid, volumen II, págs. 1655-1663.
- PULGAR, JUANA (1994): *La reforma del Derecho Concursal comparado y español. (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Civitas, Madrid.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, ÁNGEL (1975): «Notas para la reforma de la legislación concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 138, págs. 509-532.
- (1985): «Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983», en Autores varios, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, págs. 89-131.

- SCHMIDT, KARSTEN (1985): «Institutionen eines künftigen Insolvenzrechts der Unternehmen. Ein Diskussionsbeitrag zum Ersten Bericht der Kommission für Insolvenzrecht», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 12, págs. 713-724.
- (1986): «Das Insolvenzverfahren neuer Art – Kernprobleme der Insolvenzrechtsreform nach dem Kommissionsbericht–», *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, núm. 2, págs. 178-210.
- (1990): *Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen. Befunde, Kritik, Perspektiven*, Kommunikationsforum, Colonia.
- TORRES DE CRUELLS, JOSÉ MARÍA (1959): «Nota crítica a un anteproyecto de ley concursal», *Revista Jurídica de Cataluña*, págs. 747-770.
- (1974): «Aportación de nuevas ideas para una nueva y futura ley de quiebras», *Revista Jurídica de Cataluña*, págs. 231-233.
- UHLENBRUCK, WILHELM (1988): «Zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 12, págs. 471-475.
- (1989): «Grundzüge des Entwurfs einer neuen Insolvenzordnung. Diskussions-Entwurf eines Jahrhundertgesetzes oder wirtschaftspathologische Utopie?», *Betriebs-Berater*, núm. 7, págs. 433-441.
- UHLENBRUCK, WILHELM, BRANDENBURG, JOACHIM C., GRUB, VOLKER, SCHAAF WILHELM A., y WELLENSIEK, JOBST (1992): «Die Insolvenzrechtsreform. Ein typischer Fall der Überjustizialisierung», *Betriebs-Berater*, núm. 25, págs. 1734-1738.
- VACAS MEDINA, LUIS (1959): «La nueva Ley Concursal española (el Anteproyecto)», *Revista Jurídica de Cataluña*, págs. 615-630.
- (1985): «La reforma del Derecho concursal español», en Autores varios, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, págs. 47-88.
- (1995): «Consideraciones sobre el pasado, el presente y el futuro de la reforma concursal», *La Ley*, núm. 3721 (21 de febrero), págs. 1-3.
- VERDERA Y TUELLS, EVELIO (1985): «Aspectos económicos y jurídicos de la reforma del Derecho concursal: la supervivencia de las empresas en crisis», en Autores varios, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, págs. 179-188.
- VICENT CHULIÁ, FRANCISCO (1978): «En vísperas de la reforma del Derecho concursal español», *Revista Jurídica de Cataluña*, págs. 919-990.
- (1979): «El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma», *Revista Jurídica de Cataluña*, págs. 669-724.