

ASPECTOS GENERALES DE LA REFORMA CONCURSAL

Jesús María González García(*)

1. La Ley Concursal: el final de un largo camino

El pasado 27 de marzo, la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados remitió a la Presidencia de la Cámara los Dictámenes preceptivos sobre los Proyectos de *Ley Concursal* y de *Ley Orgánica para la reforma concursal, por el que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial*, presentados por el Gobierno ante el Parlamento y publicados en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el pasado 23 de julio de 2002 (núms. A 101-1 y A 102-1). Obtenida su aprobación plenaria el pasado día 3 de abril, la *Reforma Concursal*, con las modificaciones que se introdujeron a lo largo de esa fase del trámite parlamentario, tuvo entrada en el Senado el 14 de abril (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, serie II núm. 120 a*), encontrándose a punto de concluir el plazo de presentación de enmiendas ante su Comisión de Justicia cuando se escriben estas líneas. Parece pues que, a salvo de causa sobrevenida, en las próximas semanas -es posible que contemporáneamente a la publicación de estas páginas- la *Reforma Concursal* verá indefectiblemente la luz y que, de entonces en un año (de acuerdo con el período de *vacatio legis* previsto), será de plena aplicación por los órganos jurisdiccionales. El alto grado de consenso existente entre las fuerzas parlamentarias hace poco probable que en la Cámara Alta se produzcan modificaciones sustanciales de los textos propuestos, lo cual nos permite efectuar estas consideraciones generales sobre las líneas maestras de la reforma, sin que ello determine la asunción de excesivos riesgos de inadecuación con respecto a su conformación final.

Será tras su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* cuando la *Reforma Concursal* haya de ser objeto de atención preferente por la comunidad jurídica general, y se profundice en su estudio ante su futura aplicación tras el aludido

año de *vacatio* (tiempo, por cierto, sensiblemente inferior a los cinco años en que estuvo vacante la alemana *Insolvenzordnung* de 1994, que entró en vigor en 1999). No obstante, durante los trámites legislativo y prelegislativo ha existido ya un gran debate técnico, favorecido por la amplia difusión que el Gobierno dio al Anteproyecto y después a los Proyectos integrantes de la *Reforma* entre los sectores jurídicos y económicos más directamente afectados (en contraste con una inicial reserva sobre su contenido y alcance que no fue bien entendida por ciertos sectores doctrinales). Esto ha permitido ir conociendo con mayor extensión y detalle muchas de las propuestas que la componen, evaluar *a priori* algunos de sus previsible efectos en la esfera aplicativa y formular no pocas observaciones a un legislador especialmente receptivo ante un sector tan especializado del Derecho como el concursal, lo que ha conllevado un significativo enriquecimiento, en la fase parlamentaria, del texto inicialmente propuesto. Podemos decir, por tanto, que la *Reforma concursal* no debe encontrar desprevenidos a los sectores profesionales y técnicos afectados, si bien no se puede negar que toda reforma del calado de la que se comenta siempre genera razonables incertidumbres entre sus destinatarios. Precisamente a contribuir a su mayor difusión, desvelando algunos de sus trazos esenciales y más relevantes novedades con relación al ordenamiento vigente, se encomiendan las páginas que siguen.

La rúbrica de este primer epígrafe hace mención del largo camino que nos ha llevado, por fin, hasta la culminación de la *Reforma concursal* porque, en efecto, largo ha sido el trecho recorrido hasta llegar al momento en que nos encontramos. Los trabajos que están en su origen directo, y que comenzaron con la creación en 1996 de la Sección especial para la reforma del Derecho concursal en el seno de la Comisión General de Codificación —cuya actividad se inició un año después y concluyó en 2000— no

constituyen ni mucho menos el punto de partida de dicho camino, sino su momento definitivo. El origen de la reforma concursal se remonta casi un siglo atrás con respecto a esa fecha, pues de entonces datan los primeros intentos de modificación, algunos tangencialmente exitosos pero la mayoría malogrados a lo largo del camino por razones de diversa naturaleza y que es innecesario exponer en esta sede. La modernización del Derecho concursal español ha discurrido durante estos años por una senda tortuosa hasta verse ahora por fin culminada, un auténtico *tourmalet* jurídico a través del cual se han sucedido diferentes tentativas de reforma global, desde el acometido en la dictadura de Primo de Rivera por obra del Proyecto de Código de Comercio que se publicó en la *Gaceta de Madrid* en 1929, pasando por el inédito Anteproyecto de Ley Concursal de 1959, elaborado por la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, hasta el más reciente Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 1978, publicado por el Ministerio de Justicia en 1983 y que también fracasaría. El antecedente inmediato de la actual reforma (aunque entre ellas existen diferencias que van más allá de lo anecdótico) lo encontramos en la Propuesta de Anteproyecto elaborada por el mercantilista Ángel José Rojo y asumida por la Comisión de Codificación, que se publicó en el *Boletín informativo del Ministerio de Justicia* en 1996, tentativa igualmente infructuosa.

Si alguna lectura positiva merece esta tal vez excesivamente larga travesía es que el paso del tiempo ha dado lugar a la aparición de un sólido cuerpo doctrinal en materia concursal e igualmente ha permitido, tras una larga maduración, la sensibilización del mundo del Derecho sobre la trascendencia de una parcela del ordenamiento jurídico que poco a poco ha abandonado lugares marginales dentro de la preocupación del jurista para ocupar otro central; el tiempo ha sido también un elemento disuasorio de la precipitación del legislador, y nos ha dejado conocer y ponderar de forma más reflexiva las diferentes soluciones posibles para cada problema planteado por el Derecho vigente, en la búsqueda de la más adecuada o de la más viable. Evidentemente, muchas de las previsiones del Proyecto de Ley Concursal y de Ley Orgánica de Reforma Concursal son meras opciones de política legislativa y, por consiguiente, sujetas a debate; pero de lo que no se las puede tachar en su mayoría es de precipitadas, poco meditadas o ausentes de fundamentación.

2. Una reforma necesaria y deseada

La sucesión de intentos frustrados de reforma de nuestro Derecho concursal a lo largo del pasado siglo indica que no nos encontramos ante un mero capricho legislativo, sino ante una necesidad hondamente sentida y reclamada. Esa es la razón por la que, con práctica unanimidad, todos los sectores jurídicos, por grandes que sean las diferencias que entre ellos existan y con independencia de la concreta valoración de las particulares realizaciones de la *Reforma*, la han recibido con optimistas señas de alivio y celebrando el hecho de que no nos encontremos ante otro experimento fallido. Esta reforma se plantea no en términos de ruptura con nuestra tradición jurídica, aunque sí de radical transformación de muchos de sus postulados y estructuras, con consideración de las aportaciones técnicas propuestas en los últimos años por los autores y las aplicadas en otros países.

Son de diferente calado los argumentos que han avalado al cabo de los años la necesidad de la *Reforma concursal*, todos ellos en mayor o menor grado relacionados y confluyentes en el objetivo general de dotar de la mayor efectividad posible a la solución jurisdiccional de los estados de crisis empresarial grave. El Derecho concursal cumple una función esencialmente tuitiva del sistema económico, pues facilita que situaciones de insolvencia de las personas físicas o jurídicas se resuelvan de la forma menos traumática y, en la medida de lo posible, se consiga obtener la mayor satisfacción de todos los intereses susceptibles de protección, los de los acreedores insatisfechos, los del deudor en buscar la continuidad de su patrimonio o de su actividad productiva, los de los trabajadores en mantener sus puestos de trabajo o los públicos de conjurar actuaciones fraudulentas o torticeras dirigidas a obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones ordinarias o a obtener ventaja con respecto a sujetos con créditos de igual calidad contra el mismo deudor. Es evidente que cuanto mejor sea el sistema concursal, cuanto más rápida y eficaz sea la respuesta estatal ante las mencionadas situaciones de crisis, en mejores condiciones se estará para alcanzar los anteriores objetivos. El sistema concursal de una nación es un indicador del grado de desarrollo de su economía: cuando responde a los objetivos antedichos, genera confianza y estabilidad económica y actúa como factor de atracción de inversiones e iniciativas privadas; un sistema

defectuoso es, por contra, elemento de disuasión, pues difícilmente se asume un riesgo inversor cuando las estructuras de la economía no garantizan *a priori* la adopción de soluciones eficaces y lo menos traumáticas posible ante una eventual situación patológica en el cumplimiento de las obligaciones corrientes. Parece fuera de toda duda que el Derecho concursal español, en su conformación aún vigente, no da respuesta a las necesidades enumeradas, y de ahí que su reforma se antojase desde tiempo atrás como necesaria.

Existen también razones de técnica legislativa para la reforma, puesto que el Derecho concursal español es, al margen de otras consideraciones, uno de los más defectuosamente regulados de nuestro entorno. Entre las normas que hasta ahora han configurado los perfiles definitivos de nuestro Derecho concursal, y cuya derogación en materia concursal se produce en virtud de la reforma, se encuentra, amén del Código de Comercio de 1885, la antañona Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 —todavía vigente, entre otras, en materia de quiebra, concurso de acreedores y de quita y espera hasta la entrada en vigor de la *Reforma Concursal*, a pesar de haber sido casi absolutamente derogada por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Siendo en cierto modo ya perturbador el contar con dos disposiciones de carácter general para regular diferentes aspectos de una misma realidad, no se oculta *a fortiori* cierta extravagancia en el hecho de que la LEC de 1881 declarara la vigencia de determinados preceptos del viejo Código de Comercio de 1829, en vigor desde entonces (por el juego de las disposiciones finales y transitorias) a los solos efectos concursales. El panorama se hizo más complejo tras la publicación de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, de por sí *sui generis* si se considera que es una ley de carácter provisional dictada para regular un caso concreto de crisis de una entidad financiera y que, pese a ese carácter, ha acabado por constituirse, por su mayor flexibilidad, en la de más frecuente aplicación en la materia hasta hoy. Completa este nebuloso panorama la aplicación en el ámbito concursal de determinadas normas del Código civil en materia de concurrencia y prelación de créditos o, con posterioridad (cuya reforma se solicita del Gobierno, en disposición final trigésima primera), de no pocas disposiciones de carácter específico o sectorial sobre lo concursal en la Ley General Tributaria, en el Código penal o en la Ley de Hipoteca Naval, por poner unos ejemplos.

No es necesario abundar en que este estado de cosas no es un paradigma de técnica jurídica, que genera duplicidades, omisiones, contradicciones y grandes dificultades para conocer la norma aplicable a un caso concreto, y que es fuente de inseguridad jurídica y, casi consiguientemente, de insatisfacción para el justiciable.

A las razones aducidas se unen también las que llamamos histórico-sociales. Los principales cuerpos normativos en materia concursal hasta ahora vigentes fueron dictados en un tiempo en que el modelo de empresario no respondía al actual, de ahí que muchas de sus soluciones se muestren anacrónicas e ineficaces para las situaciones de crisis más frecuentes. Desde luego, no puede tenerse sino como por un arcaísmo que sean aún de aplicación normas aprobadas por el Código de Comercio de Fernando VII, que, en un alarde de supervivencia, se han mantenido en vigor casi dos siglos. Desde luego, no parece seguro que Sainz de Andino —su autor— tuviera presentes en su Código los problemas empresariales de hoy, las grandes sociedades de capital en masa, de ámbito transnacional y con decenas de miles de trabajadores. Esta misma crítica es aplicable a las reglas básicas de nuestro Derecho concursal, contenidas en disposiciones más modernas pero también centenarias como el Código de comercio de 1885 y la LEC de 1881, cuya vocación originaria era más conservadora que innovadora de nuestra tradición jurídica y en las que también se deja sentir el paso de los años desde la perspectiva de hoy, lo que ha derivado a su práctica marginación en favor del procedimiento establecido en la provisional Ley de Suspensión de Pagos. Se hacía necesario, pues, adecuar el sistema concursal a nuestra realidad económica actual, combinando —como dice la Exposición de motivos— la delicada tarea de corregir las deficiencias anteriores con su adecuada inserción en el conjunto del Ordenamiento jurídico; necesidad que se ha hecho apremiante tras la publicación de nuestra vigente Constitución (hace ahora casi un cuarto de siglo) y más recientemente de la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, cuyo sistema, aun tampoco siendo rupturista con el anterior, no es fácilmente conciliable con los de las viejas instituciones concursales españolas: de ahí la cuidadosa redacción de las diferentes disposiciones adicionales, finales, derogatoria y transitorias que cierran la Ley Concursal.

Otro factor determinante de la nueva disciplina del Derecho concursal es la necesidad de armonizar el Derecho español al de los países de nuestro entorno, que en la última década han puesto mayoritariamente al día sus respectivos sistemas internos: el crecimiento de las relaciones económicas transfronterizas y, consecuentemente, la búsqueda de respuesta adecuada a posibles situaciones de crisis en el cumplimiento de las obligaciones en presencia de elementos de extranjería o en empresas de ámbito internacional son elementos que ha tenido en cuenta el legislador en la *Reforma*. Con el objeto de tender puentes entre los diferentes ordenamientos nacionales en el seno de la Unión Europea, en 2000 se dictó el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencias, muchas de cuyas normas se incorporan a nuestro ordenamiento en el Título IX de la Ley; y también, con proyección territorial más amplia, la Ley modelo sobre insolvencia transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI-UNCITRAL) de 1997, que también inspira muchos de los preceptos de la Ley Concursal.

3. Aspectos generales de la *Reforma concursal*

Para dar cumplimiento a las mencionadas necesidades, la *Reforma concursal* conforma un marco legal de gran amplitud y de carácter horizontal (esto es, de eficacia en diferentes ramas del Derecho). No podía ser de otro modo, toda vez que la Institución concursal presenta perfiles multifacéticos, que se extienden desde el campo puramente procesal, hasta el civil, pero también al laboral, al fiscal e incluso al de los derechos fundamentales. Por esa razón, el legislador hubo de desdoblar la *Reforma* en dos disposiciones, uniendo a la que sería la futura Ley Concursal otra Ley orgánica en la que se introducirían aquellas normas que, desde el punto de vista material, estaban sujetas a la reserva de ley orgánica que establece el artículo 81 de la Constitución (técnica utilizada ya en normas anteriores como, por ejemplo, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque en esa ocasión la reforma orgánica no pudiera ser finalmente aprobada por no obtener el apoyo parlamentario necesario). La Ley Orgánica para la Reforma Concursal tiene un doble objetivo: por una parte, la regulación de las actuaciones preferentemente cautelares que, dentro del concurso, afecten a derechos fundamentales, tales

como la intervención de las comunicaciones, la entrada y el registro en los inmuebles del deudor o las eventuales restricciones a su libertad deambulatoria; por otra, la introducción en la Ley Orgánica del Poder Judicial (norma general, desde los puntos de vista organizativo, competencial y estatutario, para la magistratura) de las normas generales sobre competencia objetiva, territorial y funcional de los nuevos órganos jurisdiccionales que van a asumir en régimen de exclusividad el conocimiento del concurso —cuestión que más adelante tratamos—, en cumplimiento de las exigencias constitucionales del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

El núcleo de la Reforma se encuentra, no obstante, en la Ley Concursal, que consta —de acuerdo con el texto entrante en el Senado— de 230 artículos, divididos en nueve títulos (y éstos a su vez en capítulos y ocasionalmente en secciones), más un preámbulo y tres disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y treinta y tres finales. La Ley Concursal es una disposición legal con clara vocación de convertirse en el cuerpo legislativo único en la materia, a lo que se denomina principio de *unidad legal*. A él se suman en la Reforma dos principios más de carácter unificador: el de *unidad de disciplina* y el de *unidad de sistema*. Por *unidad de disciplina* se entiende el establecimiento de un tratamiento único a cualquier situación concursal, independientemente de la condición de comerciante o de no comerciante del deudor, en clara superación de la dualidad concurso/quita y espera, por una parte, y quiebra/suspensión de pagos, por otra, de nuestro Derecho tradicional, diferenciación no siempre justificable y que exigía en ocasiones un esfuerzo no desdeñable a la hora de determinar el instrumento concursal procedente, que a veces requería forzar el concepto de comerciante (por ejemplo, para cajas de ahorro o fundaciones-empresa). La *unidad de sistema* consiste, en tercer y último lugar, en el establecimiento de un procedimiento judicial único con independencia de la solución que se pretenda del concurso, en contra del modelo actual en el que la voluntad liquidatoria o conservativa del patrimonio opera como variable determinante de la procedencia de la quiebra (concurso de acreedores) o de la suspensión de pagos (quita y espera). Los principios de unidad de disciplina y de unidad de sistema están en el origen de la reducción de las clases de procedimientos concursales en la *Reforma*, sustituidos por un procedimiento único —el *con-*

curso—, que se desarrolla en dos fases, una común, en la que se determinarán las masas activa y pasiva y se acordarán las cautelas necesarias para proteger el patrimonio sobre el que se proyectará el procedimiento y los derechos de los acreedores (y que se celebra desde la declaración del concurso hasta la presentación del informe de la administración concursal con la relación de bienes y derechos del concursado y la lista de sus acreedores), y otra final en la que, según las circunstancias concretas de cada caso, se alcanzará un convenio entre todos los interesados o, por el contrario, se procederá a la liquidación del patrimonio del concursado.

Los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema cuentan, no obstante, con matizaciones en el nuevo régimen concursal. En cuanto a la unidad legal, la Ley Concursal hace de su voluntad integradora de todas las normas concursales lo que Kant denominaría una "idea límite", pero no conseguida en su totalidad, toda vez que algunas importantes disposiciones se regulan fuera de ella: es el caso de las referidas normas orgánicas sobre jurisdicción y competencia que se contienen en la Ley Orgánica del Poder Judicial, o de los tipos penales relativos a los estados de insolvencia general grave, que se mantienen en el Código penal, o de las referentes a la quiebra de la herencia, que se mantienen en el Código civil, eso sin contar con que nada impide al legislador futuro regular cualquier institución relativa al concurso extramuros de la Ley Concursal. En cuanto a la unidad de disciplina, el régimen unitario para comerciantes y no comerciantes cuenta con algunas disposiciones especiales, por ejemplo, para el caso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevarza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil); se puede afirmar, por tanto, que el sistema es único pero no unitario (lo que en sí no es negativo, sino más bien al contrario, pues adecua las actuaciones concursales a las características del deudor: en algunos casos, incluso, hubiera sido razonable mayor generosidad con la especialidad de tratamiento). En último término, la regla general del procedimiento único, propia de la unidad de sistema, cuenta con la excepción del denominado procedimiento abreviado, que se deberá seguir cuando el deudor sea una persona física o persona jurídica autorizada a presentar balance abreviado y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no supere un millón de euros (artículo 190 de la Ley Con-

cursal), cuya especialidad con respecto al concurso consiste en la reducción a la mitad de los plazos en los términos del artículo 191. La regulación es, en esta sede, de gran flexibilidad, dado que se autoriza la conversión del procedimiento ordinario en el abreviado o viceversa durante el proceso, en función de que se aprecie sobrevenidamente su procedencia recíproca.

Esta vocación simplificadora de la reforma se manifiesta en otras sedes de la Ley Concursal de las que nos ocupamos someramente en estas páginas, principalmente en lo que se refiere a los órganos del concurso o al establecimiento de un procedimiento único para tramitar todas sus incidencias (el *incidente concursal*). A continuación pasamos revista a estas y otras de las novedades más significativas del nuevo procedimiento concursal.

4. Declaración del concurso

El presupuesto objetivo de la declaración del concurso es la situación de "insolvencia común" del deudor, concepto amplio que simplifica el presupuesto objetivo con respecto a la quiebra y la suspensión de pagos. La declaración se obtiene en incidente contradictorio cuando es instada por un acreedor (*concurso necesario*), siguiendo el modelo alemán, lo que añade garantías al procedimiento, al evitar que una decisión de esa trascendencia se acuerde en virtud de meras sospechas e *inaudita parte debitoris*. Como contrapeso, y en evitación de conductas fraudulentas desde la solicitud hasta la declaración, se permite la adopción de medidas cautelares previas que garanticen la integridad del patrimonio (artículo 16 de la Ley Concursal). A diferencia de la del necesario, la regulación del *concurso voluntario* (el instado por el propio deudor) ha sido peor aceptada por los especialistas, especialmente porque para su obtención no es necesario acreditar la situación de insolvencia, sino que basta con que ésta sea "inminente". Esta especialidad del presupuesto objetivo (artículo 2.2 de la Ley Concursal), basada en la alemana *drohende Zahlungsunfähigkeit*, permite adelantar la reacción del Derecho en caso de proximidad del estado de insolvencia, pero despierta algún que otro recelo, por diversas razones: en primer lugar, porque se considera que, al ser para el concursado más livianos los efectos del concurso que para el quebrado los de la declaración de la quiebra, el concurso voluntario puede ser instrumentalizado por el

deudor con objeto de obstaculizar el buen fin de las ejecuciones singulares seguidas contra él, de evitar la suspensión en sus facultades empresariales o de forzar un convenio que evite la realización de sus bienes; en segundo lugar, y a mayor abundamiento, porque la concepción primordialmente protectora que la ley tiene del concurso hace que su declaración sea prácticamente automática cuando la insta el deudor, con lo que la posición de los acreedores queda potencialmente en desventaja, ya que sólo pueden oponerse a ella *ex post declarata*, en el seno del propio concurso.

5. Órganos del Concurso

Uno de los ámbitos en donde se manifiesta la vocación simplificadora de la Ley Concursal es, como se ha dicho, en la regulación de los órganos del concurso. La reducción de las clases de procedimientos ha conducido necesariamente a clarificar la multiplicidad de órganos actuantes en la quiebra y en la suspensión de pagos. Como resultado, y a diferencia del sistema anterior, en el concurso sólo existen dos órganos necesarios: el órgano jurisdiccional y un órgano colegiado de nuevo cuño llamado originalmente *administración judicial*, pero en el curso del trámite parlamentario redenido *administración concursal*, con el fin de evitar confusión con otras instituciones procesales. La junta de acreedores tiene una intervención limitada a los casos en que la propuesta de convenio formulada por la administración concursal no haya sido aprobada por el cauce de la *adhesión por escrito*, también novedoso y con claro afán acelerador del procedimiento, y el Ministerio Fiscal reduce su actuación a la Sección de calificación del concurso, cuando ésta sea procedente de acuerdo con el artículo 163 de la Ley.

Del concurso conoce un órgano jurisdiccional unipersonal, de demarcación provincial y con sede en su capital, que es de nueva creación por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal: el Juzgado de lo Mercantil. Esta novedad, que se enmarca dentro de las previsiones del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, busca la especialización de los órganos jurisdiccionales en materia concursal, con el fin de dar cobertura adecuada a las expectativas de justicia en un campo del ordenamiento en que los abogados presentan una gran cualificación y con frecuencia por encima de los conoci-

mientos muchas veces más generales del Juez; la especialización judicial se cree que redundará en una agilización de los procedimientos y en mayores garantías de acierto en su resolución, de unificación de criterios, así como en la descarga de trabajo de los Juzgados de Primera Instancia, en cuya agenda los procesos concursales suelen incidir muy negativamente. Con todo, no faltan detractores de estos nuevos órganos jurisdiccionales, para quienes las expectativas que se depositan en la especialización jurisdiccional no se justifican en nuestra tradición histórica ni en la de los países de nuestro entorno, siendo además costosa en demasía, y no explicable en atención a la real complejidad de este tipo de procedimientos ni a la carga de trabajo que van a asumir ni al volumen de sus atribuciones reales; y resulta, además, proclive a la reaparición de la figura del Juez-estrella, amén de romper la interpretación uniforme del Derecho privado, entre otros argumentos. Singularidad relevante de los Juzgados de lo Mercantil es su carácter *multijurisdiccional*, pese a incardinarse dentro de la jurisdicción civil, pues se les otorga jurisdicción para decidir las cuestiones sociales o contencioso-administrativas que se planteen en el curso del procedimiento concursal. También se les atribuye competencia objetiva para conocer de determinados procedimientos de ámbito mercantil y societario ajenos al concurso (en principio de forma experimental aunque con vocación de que en el futuro se amplíe), siendo de destacarse la atribución de la tutela de la marca comunitaria en España al Juzgado de lo Mercantil de Alicante, solución justificada por la ubicación en esa localidad de la oficina europea de patentes y marcas, pero en cierto modo discutible, para un órgano de demarcación provincial pero con jurisdicción extendida a todo el territorio nacional. La especialización judicial se garantiza en segunda instancia con la previsión de secciones especiales mercantiles en las Audiencias Provinciales, siguiendo el modelo exitoso de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

La administración concursal, por su parte, es un órgano colegiado de composición heterogénea (un abogado con cinco años de ejercicio efectivo, un economista, titulado mercantil colegiado o auditor y un acreedor con crédito ordinario o privilegio general no garantizado, que representará a todos los acreedores), con funciones importantes, como la de intervenir o, en su caso, sustituir al deudor en el ejercicio de sus

facultades patrimoniales, así como redactar el informe con el inventario y avalúo de bienes y derechos y la lista de acreedores con clasificación de los créditos, y evaluar las propuestas de convenio. También puede ejercer las acciones de reintegración de la masa activa, entre otras funciones. La actuación de la administración concursal es remunerada por el sistema del arancel, está sometida a un estricto régimen de incompatibilidades y prohibiciones, sus funciones se pueden delegar y sus miembros son elegidos y removidos por el Juez. El artículo 26 de la Ley Concursal establece una composición especial para el caso de que el deudor sea entidad emisora de valores o derivados negociados en mercado secundario oficial u otras entidades del campo financiero, o entidades de crédito o aseguradoras: en el primer caso, el economista, auditor o titulado mercantil será sustituido por un técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o persona propuesta por la misma de similar cualificación y, en el segundo, el acreedor lo será por el Fondo de Garantía de Depósitos o el Consorcio de Compensación del Seguro, en su caso. Han surgido algunas dudas acerca de la colegialidad de la administración concursal, por si no sería más eficaz encomendar sus funciones a un órgano unipersonal y profesionalizado: en la Ley Concursal, empero, sólo se prevé un administrador único, que nunca podrá ser el acreedor, en el caso del procedimiento abreviado.

6. Efectos de la declaración del Concurso

Son también interesantes las novedades de la *Reforma concursal* en cuanto a los efectos de la declaración del concurso. Por lo que se refiere a los efectos sobre el deudor, el régimen de la Ley Concursal es, como su propia Exposición de Motivos reconoce, menos gravoso que el sistema anterior, tanto en los efectos personales como en los patrimoniales. Más preocupada por conjugar los intereses contrapuestos presentes en el concurso, la Ley Concursal suprime los efectos represivos del concurso y reduce la inhabilitación del concursado a los casos de calificación del concurso como culpable, en los términos de su artículo 164. La declaración del concurso no implica de manera automática la suspensión de la capacidad de administración y disposición del deudor, que sólo tiene carácter automático en caso de concurso necesario (artículo 40), aunque el Juez posee facultades discrecionales para cambiar tales

efectos en atención a las circunstancias concurrentes en el caso. Las restricciones a la libertad del deudor se limitan al arresto domiciliario en los casos en que no sea eficaz el deber que se le impone de residencia en su domicilio, pero desaparece el arresto carcelario, de acuerdo con lo exigido por la doctrina constitucional. Es, por consiguiente, una regulación favorable para el deudor, que en ocasiones es contemplado más como un coadyuvante de la administración judicial que como un sujeto pasivo del concurso, en cuya regulación se da primacía a la continuidad de la actividad profesional sobre la de las facultades jurídicas del concursado.

Se establecen normas especiales sobre los efectos del concurso en el supuesto de que el deudor sea persona jurídica. De ser el caso, la declaración del concurso no afecta a la continuidad de los órganos sociales, y se atribuye legitimación a la administración concursal para ejercer las acciones de la sociedad contra sus administradores, auditores y liquidadores (artículo 48) y se dan poderes al juez para, incluso de oficio, ordenar el embargo preventivo de los bienes de los administradores o liquidadores de la persona jurídica en crisis, cuando resulte *a priori* fundada su posible responsabilidad en que el concurso se califique como culpable. Se regula también la responsabilidad de socios responsables subsidiariamente de la sociedad, en el sentido de atribuir a la administración concursal la legitimación activa para ejercitar las acciones que procedan contra ellos y, sólo subsidiariamente, a los acreedores de forma individual (arts. 48.5 y 54.4 de la Ley), con lo que se cubre un silencio legal que ha dado lugar a no pocas dificultades interpretativas.

El efecto de la declaración del concurso para los acreedores es la integración de sus créditos en la masa pasiva, con las solas excepciones que establezca la Ley. Por lo que se refiere a los procesos pendientes contra el deudor o su patrimonio, la declaración del concurso produce la suspensión de todas las ejecuciones forzosas judiciales o extrajudiciales, con excepción de los apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del concursado iniciados con anterioridad. Esta suspensión se extiende, contrariamente a lo hasta ahora establecido en la ley, a la ejecución de garantía real hipotecaria o prendaria constituida sobre bienes afectos a la actividad empresarial (artículo 56 de la Ley Concursal), con lo que se reafirma la vocación protectora de la continuidad de las unidades

productivas de la entidad en crisis y, por otra parte, se evita la extracción de la masa activa de los bienes especialmente gravados con garantía real, lo que solía operar en perjuicio de los demás acreedores del deudor concursal. Esta suspensión tiene una duración máxima de un año, en que se elevará si en dicho lapso no se iniciare la liquidación del patrimonio. También se suspende el devengo de intereses por los créditos, salvo que tengan garantía real o se trate de créditos salariales. Los procesos de declaración pendientes no se suspenden hasta su conclusión por sentencia firme, pero su curso puede verse alterado si su objeto es de la competencia del Juez de lo Mercantil, en que se deberán acumular, a pesar de su no suspensión, al concurso (artículo 51 en relación el artículo 8 de la Ley Concursal) en virtud de su clásica *vis attractiva*. Por otra parte, la declaración del concurso determina por regla, no el vencimiento anticipado sino el aplazamiento de los créditos hasta la apertura de la liquidación, momento en que, en su caso, se producirá el vencimiento (artículo 146). Por su carácter horizontal, la Ley Concursal contiene también —y como novedad con el sistema anterior— previsiones relativas a la tutela de los contratos de trabajo suscritos por el deudor. El artículo 8 otorga al Juez de lo Mercantil competencia para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empresario el concursado y de los contratos de alta dirección, estableciéndose para ello reglas *ad hoc* (artículos 64 y 65) que se aplicarán una vez declarado el concurso, con la particularidad de que las decisiones que adopte el Juzgado en esta materia serán impugnables no ante la Audiencia Provincial, sino ante la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas por el cauce del recurso de suplicación.

En la conformación de la masa pasiva, la *Reforma concursal* trata de hacer real el principio *par conditio creditorum*, también conocido como principio de comunidad de pérdidas, al integrar en aquélla todos los créditos contra el deudor, al margen de que gocen de privilegio o no, haciendo irrelevante a efectos de preferencia en el cobro la prioridad temporal determinada por el principio *prior in tempore potior in iure*. La Ley Concursal reduce y simplifica las clases de créditos, manteniendo tres categorías: créditos privilegiados (con privilegio especial o general), ordinarios y subordinados. Los

créditos privilegiados se reducen, a los efectos del concurso, a los expresamente reconocidos por la ley (artículos 90 y 91) y se limita la cuantía máxima de aquéllos a favor de la Seguridad Social o la Hacienda Pública. La de los créditos subordinados, saludable previsión de la Ley valorada muy positivamente por los autores, constituye una nueva categoría en la que se incluyen los comunicados tardíamente (en aplicación del principio *diligentibus non dormientibus adveniant iura*), los que gocen de dicha calificación por pacto contractual, los créditos por intereses de toda clase y por multas y sanciones pecuniarias o los que correspondieran a personas especialmente relacionadas con el deudor o en cuya actuación se presuma mala fe en perjuicio de los intereses del concurso, según los términos del artículo 93 de la Ley Concursal, a los que incluso se les priva del derecho de voto en la junta de acreedores (artículo 122). Gozan, por otra parte, de preferencia en el cobro con respecto a los créditos que forman la masa, los créditos *contra* la masa, que son los del artículo 84 de la Ley Concursal. En caso de liquidación, los créditos especialmente privilegiados se satisfarán con preferencia, con cargo a los bienes afectados.

7. Reintegración de bienes a la masa activa

De gran trascendencia son las novedades de la Ley Concursal en materia de formación de la masa activa, y más en concreto, de devolución al patrimonio del deudor de los bienes que salieron indebidamente del mismo en perjuicio de los intereses de sus acreedores. La preocupación del legislador por adecuar la declaración del concurso al momento en que se produce la situación de insolvencia es patente, como lo era en nuestro sistema tradicional, en la búsqueda de que una reacción desacompañada del Estado contra la situación de insolvencia general no actúe en perjuicio de los intereses del concurso. Normalmente esa situación no es automática, sino que va precedida de un período en el que se producen desajustes o patologías en el cumplimiento de las obligaciones en el que no son infrecuentes las disposiciones patrimoniales del deudor, aún no sometido a la Ley Concursal. El sistema clásico español de la quiebra contaba con el instrumento de la retroacción para devolver al patrimonio aquellos bienes y derechos que no debieron salir y sujetarlos a la suerte del proceso concursal, del que principalmente se ha criticado su onerosidad,

pues determina la nulidad de pleno derecho de todos los actos de dominio y disposición efectuados dentro del período de retroacción (artículo 878, II del Código de comercio), sin atención a las circunstancias objetivas (repercusión de la disposición en la masa activa) o subjetivas (ánimo defraudatorio del disponente), con la sola salvedad de las transmisiones producidas en el denominado período sospechoso, anterior a la retroacción, en que sí entraba en juego un elemento subjetivo en los términos de los artículos 879 a 882 del Código de comercio. Este sistema era del máximo rigor, sobre todo porque el Juez establecía discrecionalmente el período de retroacción con una eficacia de nulidad *ipso iure* de todo negocio incluido en él.

En el régimen de la Ley Concursal se sustituye el sistema de nulidad absoluta por otro consistente en la posibilidad de ejercer acciones de reintegración de bienes a la masa, siempre que se hayan realizado en perjuicio de la masa y dentro del plazo de dos años desde la declaración del concurso, con lo que, por ejemplo, es posible mantener la vigencia de ciertos negocios cuando no se demuestre que de ellos se deduce perjuicio alguno para los intereses en juego en el concurso (artículo 71). Se mantienen en la reforma, siguiendo el modelo del artículo 880 del Código de comercio, determinados supuestos en que se presume el perjuicio patrimonial, *iuris et de iure* (disposiciones a título gratuito del deudor y pago anticipado de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso) o *iuris tantum* (disposiciones a título oneroso a favor de personas especialmente relacionadas, constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes, etc.). El establecimiento del plazo bienal da mayor seguridad jurídica, pero puede hacer ineficaz al concurso en perjuicio de los intereses de los acreedores, si los actos de disposición son anteriores a ese período. Con todo, no debería haber óbice alguno para poder ejercer las acciones rescisorias comunes en ese caso, con lo que se daría cobertura a esa posible consecuencia no deseada por el legislador.

8. Soluciones del concurso

En último término, de acuerdo con el sistema legal, la solución natural del concurso debe ser el convenio entre el deudor y los acreedores,

operando la liquidación como solución subsidiaria (evidentemente, puede ser también no subsidiaria sino convenida por concursado y acreedores), en defecto de convenio. La preferencia legal por la opción del convenio se traduce en el establecimiento de una serie de medios para fomentarlo. Por ejemplo, se crea la figura del convenio anticipado, que puede proponer el deudor desde su solicitud de concurso voluntario o desde la apertura del concurso necesario, y al que se pueden adherir los acreedores durante el período de determinación de las masas activa y pasiva: si en ese momento se consigue la mayoría necesaria y nadie impugna la propuesta anticipada, no es necesario abrir la fase ordinaria de convenio, dictándose sentencia declarando finalizada la fase común y aprobando el convenio alcanzado. En caso contrario, se declara la apertura de la fase ordinaria de convenio, y el mismo se habrá de aprobar en junta: en este supuesto, la propuesta de convenio ordinario puede ser formulada tanto por el deudor como por los acreedores. Como singularidad, cabe señalar que el convenio requiere de aprobación judicial por sentencia, pero que dicha aprobación sólo es real cuando se trate de convenio anticipado (artículo 109) o, no siéndolo, cuando medie impugnación que de pie a un incidente de oposición (artículo 129). En otro caso, el Juez del concurso sólo puede controlar de oficio la legalidad de la constitución o de la celebración de la junta o del contenido del convenio, pero nunca cabrá someter a control los acuerdos alcanzados por razones de oportunidad o conveniencia del tribunal, en función de los intereses en juego en el concurso, de la situación del deudor para cumplir de acuerdo con los términos del pacto o la pervivencia de las unidades productivas, por lo que la aprobación no es más que una mera convalidación judicial. Entre las limitaciones legales a la libertad convencional de los interesados se encuentra la prohibición de acordar quitas que afecten a más de la mitad del importe de cada crédito ordinario ni una espera superior a cinco años desde la resolución judicial que lo apruebe (artículo 100 de la Ley Concursal).

NOTAS

(*) Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid