

UNIVERSIDAD DE GRANADA

**ESCUELA INTERNACIONAL DE POSGRADO – PROGRAMA DE
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL Y DERECHO ROMANO



TESIS DOCTORAL

**EL SENTIDO DE LA INSTITUCIÓN CONCURSAL:
LOS PRINCIPIOS DEL CONCURSO**

Director

Dr. D. José Luis Pérez-Serrabona González
Catedrático de Derecho mercantil

Doctorando

Gabriel A. García Escobar

Granada, 2016

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Gabriel Antonio García Escobar
ISBN: 978-84-9163-079-1
URI: <http://hdl.handle.net/10481/44630>

A todas, pero sobre todo a cada una de las horas que mis padres han trabajado, y a sus desvelos, esfuerzos y preocupaciones, para permitirme el lujo de hacer este doctorado.

*Vi a mis padres correr en busca de El Dorado,
Vi a mis padres luchar, cada uno por su lado.
Lo mejor de sus vidas ¿dónde se ha quedado?
Quizás yendo detrás del maldito El Dorado.*

C. G.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	19
I. INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO	23
PARTE PRIMERA: FUNDAMENTOS DEL CONCURSO	
II. CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA	41
1. Los orígenes del tratamiento jurídico de la insolvencia: el Derecho romano.....	41
1.1. Procedimiento civil en la época de las <i>legis actiones</i>	42
1.2. Hacia la ejecución patrimonial: evolución del procedimiento civil en Roma.....	46
1.3. La ejecución concursal en el Derecho romano	51
a) <i>La bonorum venditio</i>	51
b) Otras formas de concurso.....	58
c) Similitudes entre el proceso concursal romano y el actual.....	61
2. Derecho medieval	65
3. Principales hitos de los siglos XVI y XVII: Salgado de Somoza.....	78
4. Las Ordenanzas de Bilbao	89
5. La codificación en España y el Derecho concursal	99
5.1. Insolvencia comercial	100
5.2. Insolvencia civil.....	104
III. LEY 22/2003 DE 9 DE JULIO	109
1. Contexto de la norma.....	109
1.1. Contexto económico	109
1.2. Contexto jurídico	113

2. Análisis de presupuestos.....	115
2.1. Presupuesto subjetivo: la personalidad.....	116
a) Consideraciones generales.....	116
b) Especial referencia a la sociedad irregular.....	119
c) Unidad del sistema concursal y presupuesto subjetivo.....	133
2.2. Presupuesto objetivo: la insolvencia.....	136
a) Estado de insolvencia: notas características.....	136
b) Posición de Beltrán: análisis del concepto “regularidad”.....	139
c) Concepto de endeudamiento y su relación con la insolvencia: irrelevancia concursal.....	142
d) Manifestaciones externas de insolvencia.....	145
3. Proceso de reforma.....	149
3.1. Modificaciones sustanciales.....	150
a) Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.....	150
b) Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.....	153
c) Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.....	156
d) Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.....	168
e) Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.....	177
f) Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.....	182

g) Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.....	186
h) Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social	190
i) Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.....	196
j) Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.....	198
3.2. Modificaciones no sustanciales	201
3.3. Resultado de las reformas y perspectivas de futuro.....	203

PARTE SEGUNDA: PRINCIPIOS CONCURSALES

IV. PRINCIPIO DE UNIDAD.....	213
1. Consideración general.....	213
2. Unidad legislativa	214
3. Unidad de disciplina	218
4. Unidad de procedimiento.....	227
5. Verdaderas manifestaciones del principio de unidad	231
5.1. Unidad de denominación	233
a) Terminología	233
b) Posición del Profesor Olivencia	234
5.2. Unidad jurisdiccional.....	238
6. Definición de la propuesta interpretativa.....	239

V. PRINCIPIO DE ROGACIÓN.....	241
1. Contenido del axioma	241
2. Legitimación para solicitar el concurso	244
3. La declaración judicial: presupuesto formal.....	245
3.1. Naturaleza	245
3.2. Actitud del deudor	246
3.3. Auto de declaración de concurso	248
3.4. Reglas especiales para los concursos conexos.....	250
4. Consecuencia material del principio de rogación en el ámbito concursal	252
VI. PRINCIPIO DE LIMITACIÓN DE LAS FACULTADES DEL DEUDOR	255
1. Concurso necesario y concurso voluntario	255
2. Limitaciones patrimoniales: facultades de administración y disposición.....	261
2.1. Intervención y sustitución. Reglas de correlación	263
2.2. Actos anulables	268
2.3. Elemento temporal.....	270
2.4. Implicaciones de la limitación patrimonial: naturaleza del concursado	271
a) Análisis comparativo de los perfiles de pródigo y concursado	272
b) Naturaleza jurídica del estatus de concursado: exégesis de su relación con el concepto de prodigalidad	275
c) Tesis de Martínez Flórez	283
d) Recapitulación	286
3. Restricción de derechos fundamentales.....	287
4. Otras limitaciones	294

5. Limitaciones propias de la persona jurídica	295
6. Justificación del uso del término principio en relación a la limitación de las facultades del deudor	296
VII. PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD	299
1. Conceptos iniciales: patrimonio y masa activa.....	299
2. Universalidad: principio concursal inspirador de la conformación de la masa activa.....	301
3. Reglas especiales en la composición de la masa	304
3.1. Elementos que retornan al patrimonio: acciones de reintegración	307
3.2. Conceptos que se restan al patrimonio activo.....	313
a) Elementos tasados por Ley	313
b) Elementos que necesitan la acción de un tercero	314
c) Discutible excepcionalidad de las operaciones de minoración de la masa activa: confirmación de la regla de universalidad	316
4. Supuestos específicos	318
5. Referencia al inventario	319
VIII. PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN	323
1. Consideraciones iniciales.....	323
1.1. Significado amplio.....	323
1.2. Requisito formal: comunicación y reconocimiento de créditos	324
2. Contenido esencial: comunidad de pérdidas.....	326
3. Contenido necesario o mediato: intangibilidad de la masa activa	334
4. Contenido accesorio: efectos sobre los créditos	338
5. Recapitalución	345

IX. PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA	347
1. Premisa: naturaleza dual asimétrica.....	347
2. Continuación de la actividad durante el procedimiento.....	349
3. Conservación de la actividad tras el concurso	354
3.1. Formas de solución pactada al problema de la insolvencia	354
3.2. Posibilidades de conservación de la actividad tras liquidación	361
a) Transmisión de unidades productivas	361
b) Reestructuración empresarial	364
4. Situación del principio concursal de conservación de la actividad económica	367
X. PRINCIPIO DE MODULACIÓN DE LA REALIDAD JURÍDICO-OBLIGACIONAL	373
1. Concurso y Derecho de obligaciones.....	373
2. Principales ámbitos de influencia	378
3. Especial referencia a los contratos en el concurso.....	382
3.1. Contratos regulados	382
3.2. Contratos con obligaciones recíprocas	384
a) Ámbito de aplicación: sinalagma funcional <i>versus</i> sinalagma genético.....	385
b) Régimen jurídico	387
3.3. Otras relaciones contractuales presentes en la Ley Concursal	391
3.4. Rehabilitación de contratos.....	393
3.5. Vigencia de los contratos y conservación de la actividad: ¿paradigmas válidos?.....	394
3.6. Fricciones entre el régimen de los contratos de la Ley Concursal y el Código Civil.....	398

a) Artículo 1255 CC	399
b) Artículos 1091 y 1256 CC.....	400
c) Artículo 1124 CC	401
XI. PRINCIPIO <i>PAR CONDITIO CREDITORUM</i>	407
1. Independencia axiomática.....	407
2. Concepto	409
3. El privilegio como excepción	417
4. Clasificación de créditos en la LCon	423
4.1. Crédito contra la masa y crédito concursal.....	423
a) La versión legal	424
b) La versión rupturista.....	431
4.2. Graduación de los créditos concursales.....	434
4.3. Valoración crítica de la técnica clasificatoria.....	440
5. Situación del principio <i>par conditio creditorum</i> : la igualdad actual de los acreedores	444
5.1. Igualdad en la liquidación.....	444
5.2. Igualdad en la solución pactada.....	453

PARTE TERCERA: DERECHO COMPARADO

XII. DERECHO COMPARADO: EL ORDENAMIENTO ITALIANO	461
1. Justificación de la elección del sistema italiano	461
2. Principales diferencias con el ordenamiento español	463
2.1. La fragmentación del sistema concursal en Italia.....	463

2.2. Justicia rogada: problemas de legitimación activa y conjunción de intereses públicos o privados	473
2.3. Continuidad de la actividad económica del deudor	479
a) Conservación empresarial en el <i>fallimento</i>	479
b) Conservación empresarial en otros procedimientos.....	485
c) La anticipación como factor influyente en la continuidad de la actividad económica en el sistema italiano.....	487
3. Semejanzas entre el Derecho concursal italiano y español.....	492
4. Un caso especial: la <i>par conditio creditorum</i>	498
5. El método comparado: resultados.....	509

PARTE CUARTA: CONCLUSIONES

CONCLUSIONES	519
CONCLUSIONI	551
BIBLIOGRAFÍA	585
REVISIÓN JURISPRUDENCIAL	633

ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCS	Consortio de Compensación de Seguros
CE	Constitución Española de 1978
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Cod. ass.	<i>Codice delle assicurazioni private</i> (d. lgs. 7 agosto 2005, n. 209)
d. lgs.	<i>Decreto Legislativo</i>
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EM	Exposición de Motivos
ESI	Empresa de Servicios de Inversión
ET	Estatuto de los Trabajadores (RDL 2/2015, de 23 de octubre)
FD	Fundamento de Derecho
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
INE	Instituto Nacional de Estadística
JM	Juzgado de lo Mercantil
NR	Nueva Recopilación de Leyes de Castilla (1567)
<i>Labyrinthus</i>	<i>Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam</i>

LCon	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LEC 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (RD de 3 de febrero)
LF	<i>Legge Fallimentare</i> (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267)
LH	Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946)
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORC	Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal
LSA	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (RDLeg. 1564/1989, de 22 de diciembre)
LSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg. 1/2010, de 2 de julio)
PIB	Producto Interior Bruto
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-Ley
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RM	Registro Mercantil
RPC	Registro Público Concursal
RRM	Reglamento del Registro Mercantil (RD 1784/1996, de 19 de julio)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil

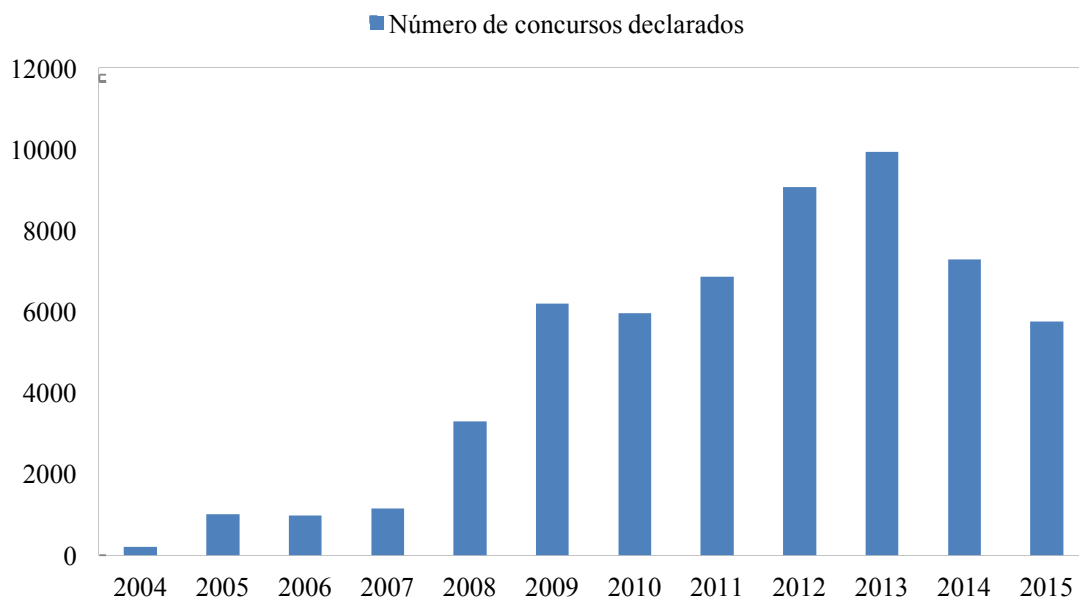
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	<i>Tabula (Lex XII Tabularum)</i>
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RDL 3/2011, de 14 de noviembre)
TRLMV	Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (RDLeg. 4/2015, de 23 de octubre).
Tub	<i>Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia</i> (d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385)
Tuf	<i>Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria</i> (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)
UE	Unión Europea
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

I. INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

El Derecho concursal es un sector del ordenamiento jurídico que regula y organiza el procedimiento de ejecución universal del deudor insolvente que cuenta con una pluralidad de acreedores. Las reglas que caracterizan el concurso, preparadas para dar respuesta a los problemas financieros de grandes empresas, son por lo general complejas, con un alto grado de tecnificación jurídica y económica. En el Derecho concursal, se da un compendio de categorías jurídicas relativas fundamentalmente al Derecho de obligaciones, pero también a otras ramas, incluso pertenecientes al Derecho público. No obstante, la norma principal que regula el concurso en España, es la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que vino a unificar hace algo más de una década, la práctica concursal. La entrada en vigor de esta norma supuso verdaderamente un cambio en la realidad jurídico-comercial por el ámbito material que regula; pero también en cuanto a la práctica judicial diaria, y es que través de la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial se crearon los Juzgados de lo Mercantil. Se modificó la planta de los Tribunales, con todo lo que ello supone, sobre la construcción de un “nuevo” Derecho concursal. De esta forma, y aunque hayan adquirido otras competencias, los Juzgados de lo Mercantil fueron introducidos por la Ley Concursal para dar respuesta a los procedimientos que se crearon al amparo de ésta. No cabe duda acerca de la concepción que tenía el legislador sobre el texto que aprobaba en 2003, que debía, entre otros, justificar la aparición de un nuevo órgano jurisdiccional especializado dentro del orden civil.

Desde la promulgación de la Ley, el uso de la institución concursal, ya incardinada en el desarrollo cotidiano de la jurisdicción, ha aumentado exponencialmente. Los últimos tiempos han sido especialmente convulsos en lo económico; la crisis detectada en los últimos años de la primera década del siglo XXI (en torno a 2007-2008), ha motivado una utilización del procedimiento concursal muy por encima de las expectativas del legislador del año 2003, que conformó un cuerpo normativo con el objetivo puesto más en la simplificación del estudio y aplicación de la institución, que en hacer de ella un recurso continuo como el instrumento que debiera apuntalar la maltrecha economía española. Los datos estadísticos demuestran esta

realidad inequívoca del gran aumento de los procedimientos concursales en nuestro país:



Fuente: INE¹; Elaboración propia.

En apenas diez años, el número de concursos declarados ha pasado de 202 (2004), a 9.937 (2013), para reducirse en los dos últimos años y quedarse en 2015 en casi 6.000 procedimientos. El hecho por sí solo, explicaría el empeño en tratar la disciplina concursal en una investigación de estas características. Nadie puede dudar hoy en día de la incidencia de la legislación concursal en la realidad social; se trata de una parcela del Derecho que está siendo utilizada continuamente a causa de la pésima situación económica que atraviesa España. A pesar de ello, no solemos tener un concepto claro de lo que es ni de lo que supone la figura del concurso. Ante esto, la sensación es que tan solo algunos profesionales muy cualificados conocen con certeza cómo funciona nuestro sistema concursal; nos referimos a profesores, Jueces y administradores concursales principalmente. A decir verdad, el aumento exponencial del número de insolventes, ya sean personas físicas o jurídicas, es un indicador claro de la necesidad de formación en esta rama tan técnica del Derecho.

¹ Instituto Nacional de Estadística, *Estadística del procedimiento concursal*: <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=2992>

Sin embargo, este crecimiento progresivo y sostenido en el tiempo ha inspirado un gran volumen de trabajos de esta naturaleza, lo que nos lleva a buscar otras justificaciones para el objeto de estudio y a innovar en torno a la cuestión; de lo contrario podríamos caer en el error de reproducir lo que ya se ha expuesto sobre el tema, sin hacer ninguna aportación a la comunidad científica. En este sentido, además del constante uso de la Ley Concursal, expondremos a continuación otras razones de diversa índole, que motivan la preparación de esta Tesis Doctoral.

Esta investigación se titula: “*El sentido de la institución concursal: los principios del concurso*”. Ya desde los inicios se puede vislumbrar una intención ciertamente compleja, la de preparar un trabajo diferente, huyendo en parte de las cuestiones más técnicas de la legislación concursal, que no son pocas. El título del trabajo da pistas no solo de la materia sobre la que va a tratar, sino del enfoque que se va a seguir. Buscar el sentido de una institución jurídica es acudir a la base, a los fundamentos y razones que la justifican. Como se ha dicho, de la materia que aquí trataremos se ha ocupado ampliamente la doctrina. No obstante, pretendemos dar un perfil propio a este estudio, que lo separe de las aportaciones doctrinales existentes en torno a la cuestión. Por tanto, lo fundamental para esta Tesis Doctoral será el enfoque con el que vamos a descubrir el Derecho concursal. Lo verdaderamente propio y novedoso de la investigación, a la vista de que no es su temática, debe ser la manera en que ésta será plasmada. En la Ciencia Jurídica, cabe el análisis de un problema que es nuevo o cuya regulación contiene elementos que se prestan a la discusión; pero también tiene posibilidades el tratamiento de una cuestión desde un punto de vista que se aleja del convencional, ayudando a formar una idea más completa de la figura objeto de estudio. En nuestra opinión, la legislación concursal ha sido explicada sobradamente por la doctrina, dedicándose la misma a mostrar una visión práctica, muy procesal en ocasiones, de la institución. Seguimos el criterio del Profesor GARRIGUES, que señaló –sobre la quiebra, ya que aun no existía el procedimiento concursal como lo conocemos hoy día–: *el aspecto dominante en la institución de la quiebra no llega a borrar la importancia del aspecto jurídico material*². Ahí es donde queríamos situar nuestro

² GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil* (2ª ed.), Tomo II, Madrid, Silverio Aguirre, 1956, pág. 402. Dicha edición está revisada y puesta al día por VERDERA TUELLS, E., que fuera Rector del Real Colegio de España en Bolonia entre los años 1955 y 1977.

estudio, en un punto de vista que reivindique el Derecho sustantivo que subyace al proceso concursal. Este pretendidamente novedoso enfoque va a sustentarse, como se ha dicho, en un análisis profundo más que técnico de las normas concursales básicas, cobrando gran importancia la glosa y descripción de los principios que de ellas puedan extraerse. El camino en el estudio de los principios concursales –dejando al margen los estudios monográficos o dedicados en exclusiva a un axioma– ha sido iniciado por otros autores que, sin una pretensión definitiva, han identificado algunos principios presentes en el procedimiento de concurso vigente, caracterizado en la Ley del año 2003. Entre ellos destacamos a OLIVENCIA, que habla de los principios rogatorio, contradictorio y probatorio en torno al procedimiento de declaración de concurso³, y de los principios materiales de unidad, “*par condicio*”, universalidad del procedimiento, jurisdicción del Juez del concurso y continuación de la actividad económica del deudor⁴; así como a VICENT CHULIÁ, quien hace alusión a los principios de unidad –en sus tres vertientes–, legalidad o institucionalización del concurso, comunidad de sacrificios, eficacia y reducción de costes, flexibilidad, *par condicio*, ejecución universal y conservación de los bienes, créditos y acciones del concursado⁵.

Sin embargo, el enfoque profundo, centrado en el Derecho material que le es propio a la regulación de la institución concursal, ha tenido mucha menos aceptación doctrinal, siendo pocos los casos en que se opta por este tipo de trabajos. Ante la escasez de estudios que puedan sostener esta suerte de metafísica concursal que aquí nos interesa⁶, habremos de construir el enfoque y el método en torno a las investigaciones existentes, tomando aquello que pueda servir a nuestros objetivos y traduciendo al punto de vista mencionado, el lenguaje habitualmente utilizado en el Derecho de la insolvencia. En gran medida, los resultados de la investigación dependerán de las conclusiones que puedan generarse a la luz de la identificación de los

³ OLIVENCIA, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Madrid, Iustel, 2006, págs. 193-194.

⁴ OLIVENCIA, M., “Los motivos de la reforma concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº17, 2012, pág. 30.

⁵ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Volumen II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 2059-2061.

⁶ Sobre el valor de la abstracción y distanciamiento de la realidad, como elementos necesarios del análisis concursal y de sus posibilidades de reforma, NIGRO, A., “Los problemas fundamentales del Derecho concursal desde la perspectiva de reforma del ordenamiento italiano”, *La reforma de la legislación concursal* (dirigido por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 358.

principios concursales. De hecho, la enumeración y explicación de los mismos constituirá la parte central del estudio, que va a contar con un tratamiento especialmente pormenorizado, precisamente en razón del valor que su análisis tiene para descubrir el sentido de la institución concursal. Para lograr tales conclusiones, vamos a necesitar partir de una premisa, cual es que el Derecho concursal, es más que ninguna otra cosa, un sector del Derecho mercantil.

Efectivamente, todo esto no se puede hacer en relación al concurso sin tomar el punto de vista de una rama del Derecho que sea susceptible de ir más allá del mero procedimiento, para encontrar aspectos sustantivos de la institución que se analiza. En este sentido, vamos a tratar el concurso como una figura puramente mercantil. Será un objetivo primordial en este trabajo, la justificación de este enfoque como el adecuado si lo que se pretende es llegar al núcleo de razonamiento jurídico que establece el concurso como procedimiento para tratar la insolvencia. No se intenta arrebatar al Derecho procesal u otras ramas del ordenamiento la incidencia que puedan tener en el ámbito concursal, sin embargo, no se contempla este análisis como un tratado omnicompreensivo del concurso de acreedores, sino que atañe más que a cualquier otra disciplina, al Derecho de los comerciantes, al que dio origen a tal institución, al Derecho mercantil. La mercantilidad de la institución tratará de refutarse; no obstante su consideración queda, al menos en principio y a falta del examen más riguroso, fuera de toda duda. Esta premisa inicial, será un motor importante en la tarea interpretativa de la norma concursal, y en la glosa de sus principios.

La interpretación, el método que se empleará en la redacción de la Tesis Doctoral, estará fuertemente imbuido por este punto de vista, centrado en las cuestiones más básicas del Derecho de la insolvencia. La tarea requiere de un esfuerzo fundamentalmente teórico, que vamos a llevar a cabo consultando las principales fuentes en la materia: manuales, monografías, revistas especializadas, u otros medios en que los autores de mayor prestigio y las voces más autorizadas expresen sus posiciones. Además, vamos a investigar sobre aquellas parcelas de la legislación concursal, cuyo estudio pueda arrojar luz sobre la caracterización de la institución concursal, como una figura propia del Derecho mercantil, nacida al amparo de esta disciplina y cuya justificación ha de buscarse en él. El trabajo hermenéutico se desarrollará conforme a los criterios más usuales en Derecho, destacando el exegético, que es definido *como el*

*método interpretativo de las leyes que se apoya en el sentido de las palabras de éstas*⁷; además de los consagrados en el artículo 3 del Código Civil (literal, histórico, teleológico, contextual y realidad social) . Con esto, trataremos de hacernos cargo del *status quaestionis*, difícil tarea en cualquier ocasión y sobre cualquier objeto de estudio, más aun en un campo tan complejo.

El Derecho concursal no cabe duda que comporta una parte del ordenamiento compleja en cuanto a su análisis y tratamiento. La Ley, muy técnica, no es especialmente didáctica, ni favorece la comprensión de la institución. Realmente, la mezcla de cuestiones sustantivas y procesales en un mismo cuerpo normativo, hacen destacar a estas últimas y dificulta la tarea de abordar el concurso como institución jurídica, atendiendo a su naturaleza y a otras cuestiones fundamentales. Por tanto, el perfil técnico de la norma, que invita a acercarse en clave procesal a la misma, también es un elemento que ha favorecido la ignorancia del concurso en el sentido que aquí va a tratar de exponerse. Normalmente y en consecuencia, el ámbito concursal no se conoce con toda la profundidad que se podría. Esta ausencia, en líneas generales, de textos y estudios sobre cuestiones de base de la institución, bien por la preminencia de la vertiente procesal, o bien por la falta de interés dada la complejidad de un tema cuya aplicación práctica es en principio limitada, justifica y recomienda de nuevo la preparación de esta Tesis Doctoral. Nuestra consideración inicial, parte de la importancia de la profundidad en un estudio de Derecho concursal, como aspecto que otorga el nivel de comprensión necesaria a la hora de proponer reformas y cambios legislativos en la materia con las garantías necesarias. En este sentido, trataremos de colmar una cierta laguna en la producción doctrinal, en torno al fundamento de la institución concursal, buscando siempre la verdad en sus principios.

Precisamente, se ha apuntado ya un concepto que también va a suponer un impulso a este trabajo, justificándolo en parte: las reformas legislativas. Esta cuestión se va a tratar en particular con ocasión de la Ley 22/2003, sin embargo, puede adelantarse que se trata de una de las normas más reformadas del siglo XXI. Se hace patente el poco éxito del legislador, que tiene que recurrir continuamente a la modificación de las prescripciones que regulan el Derecho concursal. Se trata de un indicador básico de

⁷ Diccionario de la Real Academia Española, 23ª Edición, 2014.

conflictividad en materia jurídica; cuando una norma es reformada, se abre un debate en sede legislativa, pero también a nivel doctrinal e incluso ciudadano. Pues bien, si esto ocurre ante cualquier modificación normativa, ¿cuál puede ser el nivel de debate en torno a la Ley 22/2003 sabiendo que ha sido reformada en los años 2004, 2005, 2007, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015 (algunos de ellos en varias ocasiones)? Efectivamente, parece aconsejable buscar los motivos de tanto desajuste legislativo, siendo interesante bajo nuestro punto de vista, hacerlo desde el prisma de la esencia de la institución jurídica que nos ocupa.

En este empeño, y haciendo un recorrido por las normas concursales, se analizarán principalmente aspectos que se encuentran bajo el paraguas de la fase común del concurso de acreedores, por ser la etapa del proceso en que se dan las instituciones jurídicas de mayor enjundia y contenido teórico. Se estudiarán sus reglas procedimentales, pero sobre todo, sus normas de Derecho sustantivo, las instituciones mercantiles que allí podemos encontrar y las razones para estudiar el régimen concursal desde el punto de vista que se ha expresado. A partir de esta fase, ya no podremos hablar en un único sentido del concurso de acreedores; cada concurso tomará su camino, su solución. En unos se abrirá la definitiva fase de liquidación; mientras que en otros, de acuerdo con el espíritu de la normativa, se tratará de tomar una salida pactada a través de la aprobación de un convenio entre el deudor y los acreedores. Y decimos de acuerdo con el espíritu de la Ley puesto que, al margen de los resultados obtenidos, la regulación concursal tiene como objetivo (entre otros) la viabilidad de las actividades profesionales y empresariales del concursado.

Para conocer cómo opera nuestro Derecho concursal, se deben presentar aquí con carácter general los elementos básicos y los conceptos clave que la Ley 22/2003 de 9 de julio y sus posteriores reformas imprimen al ordenamiento jurídico. Las implicaciones son muchas puesto que, tanto las situaciones asimiladas al actual “concurso” en cualquiera de sus formulaciones pasadas (quiebra, suspensión de pagos, etc.) como el propio concurso en su definición positiva, son fenómenos jurídicos muy determinados, muy reglados o intervenidos por los poderes públicos, que cuentan con una finalidad predeterminada y un objetivo que establecerá el carácter de la regulación y el procedimiento concreto para llegar a tal resultado.

El sistema concursal, para entrar en funcionamiento, siempre va a necesitar una situación de partida, la insolvencia. A partir de aquí, y como en cualquier rama del ordenamiento, entra en juego una serie de decisiones más políticas que de otro orden, que comienzan a caracterizar el sistema. ¿Se activará la situación concursal de forma automática o previa denuncia? ¿Quién está legitimado para solicitar el concurso? ¿Hay casos en que no se está obligado a seguir las prescripciones de la Ley Concursal? Todas son elecciones que van dando forma a una rama del Derecho. No obstante, no estamos ante una rama cualquiera, ninguna lo es, pero el Derecho concursal tiene una capacidad absolutamente extraordinaria, la de modelar la manera en que responde por sus deudas el concursado. La sociedad moderna, fundada en el crédito, necesita conjugar los intereses del concursado y de los acreedores de éste mediante un orden preestablecido, conformado actualmente la legislación concursal. Se ha dicho incluso que se presentan intereses que trascienden a los subjetivos del deudor y los acreedores; intereses que deben ser entendidos como públicos por afectar a toda la sociedad⁸. Se revela así una situación que puede congelar las obligaciones del deudor, organizar sus créditos en base a criterios dispuestos en la Ley, y otras especialidades que dotan al orden concursal de una fuerza inusitada. En este sentido pueden darse tensiones entre normas básicas como puede ser un Código Civil o un Código de obligaciones y contratos y el sistema concursal que, a través de las elecciones del legislador podrá ser tendente a liquidar el patrimonio o la actividad económica del concursado tratando de favorecer a los principales acreedores en el menor tiempo posible; o bien a darle viabilidad a través de un proceso más lento en el que se intentará que el patrimonio mal gestionado cuente con una tutela temporal hasta que éste sea reconducido de forma sostenible, tratando de dar continuidad a la estructura económica, además de liquidar las deudas existentes (propósitos muy loables pero que no cabrían juntos si se aplicara la teoría general de obligaciones con todo su rigor). En relación a una pluralidad de acreedores con un deudor común, el Derecho concursal trata de articular una defensa de los mismos, lo que necesita una organización que los considere una colectividad. Se estaría sustituyendo el

⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Los Juzgados de lo Mercantil. Jurisdicción y competencia en el proceso concursal”, *Aspectos de la nueva Ley Concursal –concursos, créditos, administradores, jueces–* (dirigido por: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., OTERO LASTRES, J. M. y ROGEL VIDE, C.), Madrid, Reus, 2004, pág. 91.

estímulo egoísta y personal, por una regla de equidad; al régimen de azar o de favor, uno de comunidad de pérdidas y trato paritario de los acreedores⁹.

Incluso con las pocas nociones expuestas, no se puede negar que la legislación concursal puede ser fácilmente instrumentalizada por el poder público. Las decisiones que éste toma son trascendentales pues se juega con los créditos que serán resarcidos con prioridad a otros, con la posibilidad de dilatar el pago de una deuda, y demás aspectos relativos a varias deudas y su liquidación. Llegados a este punto y una vez hemos entendido la trascendencia de esta regulación, se debe de señalar que estando el Derecho (no sólo el concursal), al servicio del ciudadano, extremo que es innegable en base a la función social del Derecho, y sin entrar en la Justicia de las prescripciones de la Ley Concursal o en si promueve valores que la justifican, como la virtud cívica, lo que está claro es que estas excepciones a la teoría general de obligaciones, esta regulación con efectos tan esenciales para la esfera económica, deben responder a verdaderas demandas de la sociedad.

La explicación de cómo se sustancian las demandas de regulación en materia de insolvencia seguramente pueda darse recurriendo, desde un análisis sistémico, más cercano a la perspectiva politológica que a la jurídica, a la metáfora de la *caja negra* de EASTON: las peticiones e inquietudes de los ciudadanos han trascendido al Poder Legislativo (en definitiva al poder político, que es preponderante dada la destrucción de la doctrina de la separación de poderes que ha venido impuesta por la partitocracia imperante), como *input* del sistema político, y se han transformado tras una serie de acontecimientos (unos trámites naturales, otros perturbaciones del sistema) en un *output*, en un producto con forma de regulación, capaz de dar respuesta eficaz y eficiente a las demandas sociales¹⁰.

⁹ En palabras de MONEREO PÉREZ, *lo que caracteriza al concurso, es, por tanto, el establecimiento de un sistema coordinado de satisfacción de los acreedores que sustituye al sistema anárquico y hobbesiano de las ejecuciones separadas*. MONEREO PÉREZ, J. L., *La conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aspectos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2006, pág. 38.

¹⁰ *Vid.* EASTON, D., *Esquema para el análisis político*, Buenos Aires, Amorrortu, 1976. Se trata de una idea que está presente en toda la obra, sin embargo, pueden destacarse por ilustrativas las páginas 48 y 150-156.

Entonces, y atendiendo a que existen disfunciones en este proceso que se inicia con la demanda de regulación y acaba con la norma específica, ¿se debe temer a la regulación concursal? Quizá. Lo que está claro es que en tiempos de recesión económica se asiste a un incremento inimaginable del uso de la norma concursal. El principal objetivo de esta investigación es tratar de extraer el sentido del concurso, conocer sus puntos fuertes, sus defectos, y sobre todo, si se está dando una respuesta adecuada y proporcional al problema que se plantea. Trataremos en definitiva, de saber si la caja negra tiene muchas fracturas por las que se cuelan perturbaciones indeseadas, o si la regulación responde a lo que el ciudadano reclama y merece. Todo se reduce a la principal cuestión a la hora de analizar cualquier norma: ¿Cuánto de diestro ha sido el legislador?

Para llevar a cabo el estudio que aquí se presenta no partimos de cero, lo que ayuda a tener claras las cuestiones principales y favorece la calidad del mismo. La actividad investigadora ha contado en este sentido con algunas experiencias previas. En primer lugar, gracias a la beca de colaboración que se obtuvo en el Departamento de Derecho mercantil y Derecho romano de la Facultad de Derecho (UGR) durante el curso 2011/2012¹¹. Con esta experiencia inicial, y los consejos del Profesor PÉREZ-SERRABONA (Catedrático de Derecho mercantil), preparamos en el seno del módulo de investigación del Máster Oficial en Derecho de los negocios (curso 2012/2013), un Trabajo Fin de Máster que llevaba por título: *El sentido de la institución concursal*; que fue valorado con la máxima calificación tras su defensa. En esta Tesis Doctoral se ha incorporado el título de aquel trabajo, aunque se ha ampliado con la referencia expresa a los principios concursales. Partimos por tanto de unos presupuestos iniciales, asentados en investigaciones de cierta envergadura, cuyas conclusiones nos servirán para construir un texto final que no caiga en una contextualización excesiva, sino que ataque directamente a los puntos clave que van a ser analizados.

Sin embargo, hay que puntualizar que esta investigación no es una extensión de las anteriores. Si bien toma planteamientos que vienen trabajándose desde hace varios años con motivo de los estudios mencionados, éstos se caracterizaron por ser

¹¹ Con el Proyecto: *Evaluación de la fase común del concurso de acreedores en la etapa de crisis económica*.

eminentemente descriptivos, como podía esperarse de textos de tales condiciones. Por el contrario, la Tesis que presentamos busca la verdad más allá de la mera descripción, acudiendo al sentido de la norma, a la sustancia de la misma. La estructura de estas obras anteriores se diferencia radicalmente de la presente investigación, centrada en cuestiones puramente básicas del Derecho concursal, sobre todo en sus principios. Además, el tratamiento de la cuestión en esta ocasión sí dará entrada (como no hizo en el pasado) a dos elementos que deben construir cualquier Tesis Doctoral actual: el Derecho comparado y el análisis histórico. El análisis de Derecho comparado se revela como fundamental en el contexto que vivimos, integrados en una organización como la Unión Europea, donde –a pesar de pasar por horas bajas– en cualquier momento pueden dictarse instrumentos normativos que aproximen las normativas en materia concursal, por entender que éstas suponen un obstáculo al mercado interior. Por su parte, la construcción histórica de la institución tiene una función importantísima en un estudio que trata de acercarse al núcleo de la misma, en el entendido de que éste puede quizá encontrarse en los antecedentes inmediatos o remotos de nuestro concurso (de acreedores), o en caso contrario, aportar una visión más crítica del tema. Ambos aspectos serán tratados en profundidad, para dar verosimilitud a la investigación.

Además de haber seguido esta línea de investigación en varias ocasiones y con motivos diversos, lo cual aporta ciertas garantías para la consecución de una Tesis Doctoral de calidad; se cuenta con la dirección de un experto en la materia, cuyo interés y dedicación ya justificarían por sí solo el esfuerzo de producción científica que se requiere. El Profesor PÉREZ-SERRABONA cuenta el Derecho concursal entre sus materias objeto de estudio, habiéndose acercado a esta rama del ordenamiento no solo en los últimos tiempos con la promulgación de la Ley 22/2003. Ya en 1995, publicó: “Sobre las reformas legislativas en la llevanza de la contabilidad de los empresarios” en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*¹², tratando temas como la contabilidad y culpabilidad del concursado y el principio de unidad en el por entonces Anteproyecto de Ley Concursal, entre otros relacionados con la materia. Más recientemente, su preocupación por el Derecho concursal ha cristalizado

¹² Referencia completa: PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Sobre las reformas legislativas en la llevanza de la contabilidad de los empresarios”, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 2967-2993.

en: “Sobre la unificación del Derecho privado en materia de obligaciones y contratos: a propósito de la Ley Concursal” (junto con el Profesor OROZCO PARDO), en la obra más extensa que hasta entonces se ha publicado sobre la norma, *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*¹³; “Notas sobre el estatuto jurídico del mediador en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, con especial referencia al mediador concursal, en *Estudios de Derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*¹⁴ y –también con tratamiento específico del mediador concursal– “El estatuto jurídico del mediador en asuntos civiles y mercantiles en la Ley de mediación y en el reglamento que la desarrolla” en la *Revista crítica de Derecho privado*¹⁵; y “La mediación concursal” en *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*¹⁶. De esta manera, no cabe dudar que la elección del tema ha sido fruto no de la casualidad ni de la oportunidad, sino del desarrollo de una línea de investigación por parte del Profesor PÉREZ-SERRABONA, cuyo currículum investigador asegura, al menos, las mejores condiciones para que un doctorando pueda preparar una Tesis Doctoral de rigor e interés científico.

A estos efectos, el estudio quedará dividido en tres partes, además de las conclusiones:

– *Fundamentos del concurso*, donde se comenzará con una construcción histórica del Derecho de la insolvencia, remontándonos hasta el Derecho romano. Pretendemos hacer un repaso general al tratamiento jurídico de la cuestión a lo largo de

¹³ Referencia completa: OROZCO PARDO, G. y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Sobre la unificación del Derecho privado en materia de obligaciones y contratos; a propósito de la Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 375-412.

¹⁴ Referencia completa: PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Notas sobre el estatuto jurídico del mediador en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, *Estudios de Derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá* (coordinado por PETIT LAVALL, M. V.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 99-136. La obra está dirigida por los Profesores CUÑAT EDO, MASSAGUER FUENTES, ALONSO ESPINOSA Y GALLEGUO SÁNCHEZ.

¹⁵ Referencia completa: PÉREZ-SERRABONA, J. L., “El estatuto jurídico del mediador en asuntos civiles y mercantiles en la Ley de mediación y en el reglamento que la desarrolla”, *Revista crítica de Derecho privado*, nº 11, 2014, págs. 549-595.

¹⁶ Referencia completa: PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “El mediador concursal”, *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* (dirigido por OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J. L.), Madrid, Tecnos, 2015, págs. 319-336.

la historia. Ello finalizará con el estudio de las implicaciones que ha tenido la última de estas normas para el ordenamiento, la regulación concursal aprobada en el año 2003 y sus reformas. Daremos cuenta de sus principales caracteres y presupuestos.

– *Principios concursales*, en la que vamos a proceder a la glosa y descripción de los principios que inspiran la institución del concurso. Se identificarán, explicarán y analizarán en base a su grado de cumplimiento, entre otros criterios.

– *Derecho comparado*, con el análisis del sistema concursal italiano, pretendemos aplicar este método con el objetivo de valorar en toda su extensión las soluciones que nuestro Derecho concursal aporta, en relación a otros ordenamientos. Se explorará la posición de nuestro ordenamiento en la experiencia comparada, buscando la vigencia de los principios glosados per trasladándolos a Italia, un país de un ámbito geográfico muy próximo y que recoge el testigo de una misma tradición jurídica. La comparación aportará a buen seguro elementos fundamentales a nuestro estudio.

– *Conclusiones*, presentadas de manera clara y sencilla, como resultado de la investigación, donde se podrá consultar rápidamente cuál ha sido la producción científica dimanante de la preparación de esta Tesis Doctoral.

Para finalizar esta introducción, o para iniciar el cuerpo de la investigación, según se vea, debemos realizar una advertencia más. Los conocimientos adquiridos con anterioridad a la preparación de este trabajo, las ideas preconcebidas sobre esta rama del Derecho y nuestras expectativas y sensaciones con respecto al objeto de estudio, por indeseable que resulte, van a determinar a buen seguro el cumplimiento de una circunstancia, elevada a costumbre por el Profesor PÉREZ GORDO en el año 1981 y que de manera insólita goza de plena actualidad: *Parece ya casi un tópico el de que todos los juristas que dedican o han dedicado parte de su quehacer al estudio de las Leyes y normas que en nuestro país regulan los distintos institutos concursales, comiencen sus distintas exposiciones con los más negros augurios respecto a la problemática a la que van a dedicar sus atenciones*¹⁷. Efectivamente, se palpa un

¹⁷ PÉREZ GORDO, A., “Ideas y perspectivas para un nuevo Derecho concursal”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Volumen 80, nº 4, 1980, pág. 846.

pesimismo general en relación al Derecho concursal, que esperamos, aun cumpliendo el tópico, ayudar a eliminar con este estudio.

PARTE PRIMERA
FUNDAMENTOS DEL CONCURSO

II. CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA

1. Los orígenes del tratamiento jurídico de la insolvencia: el Derecho romano

Las deudas pecuniarias no son un producto de la modernidad, ni de la economía de mercado. Desde la antigüedad, se ha constatado la existencia de los elementos esenciales que conforman el concurso. Siempre ha habido deudas, acreedores, deudor, incapacidad para hacer frente al pago, etc. Se trata de elementos que no son nuevos y que en cualquier época han marcado un importante problema jurídico de difícil solución. Claro que, la manera en que las normas determinan el cumplimiento o la respuesta ante estos elementos ha cambiado según la coyuntura histórica y el desarrollo del Derecho de obligaciones.

Si buscamos, por tanto, el origen más remoto en el que podemos reconocer ciertos perfiles de la institución que queremos analizar, hemos de remontarnos mucho tiempo atrás, hasta llegar al Derecho romano. Como va a exponerse, tenemos motivos para iniciar el estudio desde Roma, por resultar un ordenamiento que es un verdadero hito en la historia del Derecho y que está incardinado en nuestra tradición jurídica; y por recoger las normas del “concurso” más arcaico hasta ahora conocido. Encontraremos en el Derecho romano, los instrumentos y razonamientos que dieron lugar al embrión de lo que hoy conocemos por procedimiento concursal. Algunos perfiles serán reconocibles, similares o hasta familiares, sin embargo otros no gozarán de tanta actualidad. Evidentemente, estamos hablando de un ordenamiento de hace más de veinte siglos, en el que la mera similitud en algún extremo a las instituciones actuales, demuestran el importante grado de perfección y la depurada técnica legislativa del legislador romano. Por el concurso de acreedores, como por el Derecho de obligaciones en general, ha pasado el tiempo y la historia, haciendo los ajustes necesarios para adaptarlo a los tiempos actuales. En este sentido, consideraremos al Derecho romano como el primer conjunto de reglas que trataron de llevar a cabo una tentativa de institución concursal y que dotó al procedimiento de ciertos elementos aun mantenidos en nuestros días.

1.1. Procedimiento civil en la época de las *legis actiones*

En los primeros momentos de la historia de Roma, existió probablemente la venganza privada como sistema de Justicia. Desde ella, evolucionaron los sistemas de resolución de conflictos, dando entrada en los mismos al aparato público, que comenzó a regular estos sistemas primitivos de arreglo de controversias, destacando la inclusión de la llamada *Ley del Talión*, que permitía al lesionado poder lesionar en los mismos términos que había sufrido¹⁸; y la composición voluntaria, que consistía en el pago de una cantidad que se entregaba al lesionado para “comprar” de alguna forma su venganza. Algunos de estos métodos obran en la Ley de las XII tablas¹⁹. No obstante a partir de ésta, la evolución de la Justicia en Roma derivó en un sistema más reglado, en el que aparecen instituciones tan importantes como la acción o el Magistrado (quien administra esa Justicia) en un claro avance hacia nuestro modelo actual en el que el poder público entra a valorar las conductas privadas para paliar ciertos abusos.

Si nos trasladamos a la época arcaica del Derecho romano, periodo del mismo en el que la cuestión jurídica gozaba de un bajo nivel de desarrollo y perfección técnica, podremos encontrar el punto de partida de esta investigación. En aquellos momentos, cuando el Derecho estaba sensiblemente más deshumanizado que ahora, y no se concebía como un instrumento tan garantista como lo es ahora para las personas, estaban vigentes las llamadas *legis actiones*. Se trata de instrumentos que nacen de aquellos actos de Justicia privada de la época pre-cívica que son legalizados posteriormente por normas como las XII tablas, siendo su “tipificación” producto del desarrollo de un Derecho consuetudinario, anterior incluso como se ha dicho, a las XII

¹⁸ T. VIII: *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.*

¹⁹ T. VIII. 14 (en relación al ladrón sorprendido en flagrante delito) y 23 (en relación al adulto que de noche cometiera hurto en las cosechas) según recoge GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado romano*, Madrid, Dykinson, 1979, págs. 63-64. Sobre la Ley de las XII Tablas, *vid*: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2013; RASCÓN GARCÍA, C., y GARCÍA GONZÁLEZ, J. M. (Coordinadores), *Ley de las XII Tablas*, Madrid, Tecnos, 2003; RASCÓN GARCÍA, C., “La primera versión española de las XII Tablas”, *LABEO*, Volumen 46, nº 2, 2000.

Tablas²⁰. Su escaso desarrollo técnico se pone de manifiesto con el simple hecho de que el tipo procesal determina la pretensión deducible²¹.

En el seno de procedimiento civil romano, éstas servían para dar respuesta a determinadas pretensiones, que podían ser de dos tipos: declarativas o ejecutivas. Dentro de las ejecutivas, destaca la *legis actio per manus iniectio*, de carácter antiquísimo, cuyo desarrollo se va a esbozar aquí por la importancia que tuvo la superación de la misma en el ámbito concursal y obligacional. En dicho proceso, ya estaba dividida la competencia judicial en dos instituciones distintas, la del Magistrado que encarnaba el poder público en las disputas privadas, desarrollando la fase *in iure*; y la del *iudex*, Juez lego, es decir un ciudadano ordinario, quien dictaba sentencia en lo que se conoce como fase *apud iudicem*²². De ese procedimiento en el que el Magistrado llevaba a cabo la citación y presidía la comparecencia de las partes en la que se fijaba el objeto del procedimiento, mientras que el *iudex* valoraba la prueba; se derivaba una sentencia que daba solución a la controversia, cuyo cumplimiento era obligatorio.

La mencionada *manus iniectio* es una acción ejecutiva, que servía para hacer efectiva una sentencia cuando el condenado no cumplía lo dispuesto por la jurisdicción romana. Realmente, la ejecución en Roma podía provenir tanto de una condena judicial sobre una persona (*iudicati*), como de una confesión, que a este respecto es equiparada a la sentencia. De esta forma, se da cierta identidad, al menos procesal entre el *iudicati* y el *confessus*²³. Sobre el desarrollo de la acción, la doctrina es en términos generales pacífica. La interpretación de los textos nos sitúa en un contexto en el que transcurridos treinta días desde la sentencia o la confesión sin que el deudor haya cumplido la prestación pecuniaria a la que está obligado (nosotros nos moveremos en el ámbito de los litigios de naturaleza civil o exclusivamente patrimonial, obviando los juicios por delitos) o sin que haya presentado a un *vindex*, podrá iniciarse la *manus iniectio*. El

²⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en el Derecho Romano clásico*, Madrid, Mira editores, 2000, pág. 30. Se refiere en concreto a las tablas I, II y III.

²¹ GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pág. 111.

²² *Ibidem*.

²³ Por todos, D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Navarra, EUNSA, 2008, pág. 172.

vindex era una especie de garante o representante procesal, que ante la imposibilidad del condenado de defenderse por sí mismo del título ejecutivo, asumía el riesgo (por ello también se considera una suerte de fiador) de dicha ejecución, cuya invalidez o injusticia tratará de demostrar frente al órgano jurisdiccional. Se conseguía así la “liberación” del condenado, en detrimento del *vindex*, que en un nuevo o renovado proceso (según algunos de naturaleza declarativa²⁴, lo que parece más acorde con la lógica de lo que se dirime en el procedimiento), intentará que el propio *iudex* declare ilegítima la ejecución. No obstante, si no lo conseguía, el *vindex* sería condenado *in duplum*, esto es, al pago del doble de la cantidad que adeudaba el primer condenado.

En cambio, si en esos treinta días posteriores a la sentencia o a la confesión, no se realizaba ni el pago (que extinguía el título ejecutivo) ni la presentación de un *vindex*, podía darse la *manus iniectio*. La acción comienza con la *in ius vocatio*, que es una citación, hecha directamente por el acreedor, para que el deudor lo acompañe ante el Magistrado. Una vez allí, el acreedor sujetaba físicamente al deudor y pronunciaba una fórmula, buscando el refrendo del Magistrado; concedido éste, la acción surtía sus principales efectos. Pero hay que señalar que el deudor se encuentra en una situación que podríamos calificar de indefensión, pues su única opción para evitar el desarrollo de la acción es la presentación de un *vindex*, no pudiendo oponerse a la declaración que el acreedor lleva a cabo mientras lo sostiene frente al Magistrado²⁵.

Una vez se ha producido tal comparecencia, el acreedor quedaba facultado para conducir al deudor a su propia casa y encadenarlo allí, manteniéndolo preso durante – como máximo– sesenta días. El tiempo que durara la reclusión, el acreedor debía alimentar al “reo” (si no lo hacía por sí mismo) al menos, con una libra de harina o pan al día. Con objeto de que alguien pagara la cantidad requerida al deudor, el acreedor tenía la obligación de llevarlo tres días seguidos²⁶ al mercado durante ese periodo de sesenta días. Allí proclamaba la deuda, con la intención de que alguien se presentara como *vindex*, ya fuera por motivos de honor, lazos familiares o cualquier otro, así como por la expectativa de recibir la mano de obra del deudor liberado. Transcurrido dicho

²⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum... op. cit.*, nota 183.

²⁵ *Vid.*, interpretado a GAYO (IV.21), GUZMÁN BRITO, A., *Derecho... op. cit.*, pág. 123; y PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum... op. cit.*, págs. 44 y ss.

²⁶ GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado... op. cit.*, pág. 103.

plazo sin que nadie pagara para rescatar al ejecutado por medio de la *manus iniectio*, se materializaban los efectos últimos de la misma. Se abrían entonces, varias posibilidades para el acreedor, entre las que la doctrina mayoritaria ha señalado dos: dar muerte al deudor o venderlo como esclavo *trans tiberim* (en el extranjero). No obstante, no obviamos otras interesantes posibilidades como la que PÉREZ ÁLVAREZ pone de manifiesto, consistente en hacer uso de los servicios del deudor apresado²⁷. De cualquier modo, en lo que respecta esta cuestión, nos basta con dar cuenta de la naturaleza personal de la ejecución propia de la *legis actio per manus iniectioem*, que daba la posibilidad de acabar con la vida o la libertad, del condenado por deudas.

Especialmente interesante para nuestro estudio, es la regla que se aplicaba en caso de pluralidad de acreedores, que obra en la Ley de las XII Tablas²⁸: “Pasados tres mercados córtesele en partes. Tanto si cortaron más como si cortaron menos, no se considerará que existe fraude”²⁹. Sobre esta norma, pueden darse ciertas discrepancias en relación a su efectividad. Sin embargo, no parece razonable siguiendo la anterior traducción, comprender figuradamente la norma, entendiéndola que el “reparto” aludido se refería al patrimonio del deudor. Tanto del contexto, en el que la ejecución personal era inherente al condenado por deudas, como de la literalidad de la norma, se extrae que la crueldad de la prescripción tuvo lugar de manera real y efectiva. La segunda parte de la regla, que determina la falta de importancia cuantitativa del reparto, es un síntoma inequívoco de que las XII Tablas se refieren al cuerpo del deudor y no a su patrimonio.

En este sentido, podemos situar el contexto de nuestra investigación fuera de los límites de las instituciones recién analizadas. Es importante, buscando los antecedentes del concurso de acreedores, determinar no sólo dónde se encuentra el germen del mismo, sino también señalar dónde no está. Con la *manus iniectio* se instauró en Roma un procedimiento de ejecución de sentencias cuya naturaleza era personal, aun tratándose de litigios de carácter económico. Esta circunstancia, por supuesto difiere del actual concurso de acreedores, que como concreción del procedimiento civil no puede terminar con la ejecución personal del deudor. Pero esta circunstancia podría incluso

²⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum... op. cit.*, pág. 44.

²⁸ T. III. 6.

²⁹ Traducción de VARELA MATEOS, E., *Textos de Derecho romano* (dirigido por DOMINGO, R.), Pamplona, Aranzadi, 2002, pág. 23.

entenderse como la evolución natural de la institución, siendo otro elemento el que determina que en esta época no podamos encontrar el origen la figura. Nos referimos al simplismo normativo de las reglas que ordenaban el despedazamiento del deudor. Cualquier ordenamiento concursal está caracterizado por una serie de acciones que, si bien pueden ser tendentes a la ejecución o liquidación (patrimonial) del deudor, siempre gozan de cierta complejidad. Las XII tablas no ordenan un procedimiento más o menos intrincado, sino que determinan la ejecución cruel del deudor, descuartizándolo. Esto no comporta unas reglas ni un proceso, es solamente una forma de ejecución, que tiene lugar tras la *manus iniectio* en los casos de pluralidad de acreedores. Pero para hablar de concurso de acreedores necesitamos algo más, algún tipo de previsión del legislador que modifique u organice de una forma relativamente estructurada, la manera en que el concursado responderá antes sus acreedores. Por tanto, entendemos que en la época de las *legis actiones* no podemos encontrar un origen para la institución concursal, al existir apenas una regla de ejecución especial, sin que comportara ésta ningún tipo de trámite extraordinario en relación al cumplimiento de las obligaciones del deudor.

1.2. Hacia la ejecución patrimonial: evolución del procedimiento civil en Roma

El procedimiento civil en Roma, a medida que experimentó ciertos cambios – que propiciaron nuevos caracteres y procesos de la Justicia–, fue acercándose tímidamente al modelo de institución concursal que hoy conocemos. Expondremos a continuación algunos de estos hechos que marcaron la transición desde el sistema de las *legis actiones* a otro menos inhumano para el deudor, y en el que la concurrencia de varios acreedores determine un verdadero procedimiento especial que podamos calificar como origen remoto de la institución del concurso.

En concreto, existen dos circunstancias cuya superación va a ser de capital importancia en este empeño por buscar los vestigios más antiguos del concurso de acreedores. Nos referimos por un lado a la metamorfosis de la *manus iniectio*, que pasó a convertirse en un procedimiento declarativo, permitiendo al deudor oponerse a la acción sin necesidad de presentar un *vindex*; y por otro a la abolición de la prisión por deudas, esto es, el paso de una ejecución personal a otra de naturaleza patrimonial, eliminándose esa responsabilidad de carácter físico que el deudor mantenía con respecto a sus deudas patrimoniales. Se comienzan a asentar en estos momentos principios que

quedarán hasta nuestros días incardinados en el Derecho de obligaciones, como es la asociación entre el patrimonio y la responsabilidad por deudas, dándose por concluidas concepciones pasadas en las que la tortura o la esclavitud tenían cabida como consecuencia de la insolvencia meramente económica. No obstante, existen discrepancias doctrinales en torno a las fechas, contexto y fuentes que dieron lugar a esta evolución.

En particular, hay que llamar la atención sobre las diferencias a la hora de interpretar la *Lex Poetelia Papiria*, que para la mayor parte de la doctrina data del año 326 a.C.³⁰, y que sin duda tuvo un papel destacado en la transformación del procedimiento civil romano. La norma fue uno de los logros producto de las luchas y revueltas que protagonizó la plebe en los siglos V y IV a.C. Algunas fuentes lo relacionan con las agitaciones instigadas por los tribunos e incluso con la ocupación del monte Sacro y Aventino³¹. En concreto, TITO LIVIO narra cuáles fueron los hechos que propiciaron la promulgación de la Ley³²: *En este año el pueblo romano recibió en cierta manera una nueva libertad con la abolición de la servidumbre por deudas. Este cambio en el Derecho se debió a la infame pasión y tremenda crueldad de un usurero llamado L. Papirio. Éste retenía en su casa a C. Publilio, que se había entregado para rescatar las deudas de su padre. La edad y la belleza del joven que debían excitar su compasión, solo sirvieron para inflamar su inclinación al vicio y al libertinaje más*

³⁰ Es la interpretación más habitual, a partir de los textos de TITO LIVIO (VIII, 28, 7), que la situarían como una Ley de la época en que eran cónsules C. Poetelius Libo y L. Papirius Cursor.

³¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum... op. cit.*, pág. 64.

³² LIVIO, *Ab urbe condita*, VIII, 28: *Eo anno plebi Romanae uelut aliud initium libertatis factum est quod necti desierunt; mutatum autem ius ob unius feneratoris simul libidinem, simul crudelitatem insignem. L. Papirius is fuit, cui cum se C. Publilius ob aes alienum paternum nexum dedisset, quae aetas formaque misericordiam elicere poterant, ad libidinem et contumeliam animum accenderunt. [ut] florem aetatis eius fructum aduentivum crediti ratus, primo perlicere adolescentem sermone incesto est conatus; dein, postquam aspernabantur flagitium aures, minis territare atque identidem admonere fortunae; postremo, cum ingenuitatis magis quam praesentis condicionis memorem uideret, nudari iubet uerberaque adferri. quibus laceratus iuuenis cum se in publicum proripuisset, libidinem crudelitatemque conquerens feneratoris, ingens uis hominum cum aetatis miseratione atque indignitate iniuriae accensa, tum suae condicionis liberumque suorum respectu, in forum atque inde agmine facto ad curiam concurrat; et cum consules tumultu repentino coacti senatum uocarent, introeuntibus in curiam patribus laceratum iuuenis tergum procumbentes ad singulorum pedes ostentabant. uictum eo die ob impotentem iniuriam unius ingens uinculum fidei iussique consules ferre ad populum ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret in compedibus aut in neruo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necerentur.*

odioso. Considerando aquella flor de juventud como aumento de su crédito, trató primero de seducirle con obscenas palabras y después, como Publilio, despreciándole, no daba oídos a sus impúdicas instancias, trató de asustarle con amenazas, poniéndole constantemente delante de los ojos su espantosa miseria. Al fin, viendo que piensa más en su condición de hombre libre que en su situación presente, le hace desnudar y azotar con varas. Lacerado el joven por los golpes, consigue escapar por la ciudad, que llena con sus quejas contra la infamia y la crueldad del usurero. La multitud, que se había engrosado, compadecida por su juventud, indignada por el ultraje, animada también por la consideración de lo que le aguarda, tanto a ella como a sus hijos, marcha al Foro y desde allí se dirige precipitadamente hacia la Curia. Obligados los cónsules por aquel tumulto imprevisto, habiendo convocado al Senado, a mediad que los Senadores entraban el pueblo se arrojaba a sus pies, mostrándoles el lacerado cuerpo del joven. Por el atentado y violencia de un solo hombre, aquel día quedó roto uno de los lazos más fuertes de la fe pública. Los Cónsules recibieron orden de proponer al pueblo que en adelante ningún ciudadano podría, sino por pena merecida y esperando el suplicio, quedar sujeto con cadenas o grillos; de la deuda debían responder los bienes y no el cuerpo del deudor. Por esta razón pusieron en libertad a todos los detenidos por deudas y se tomaron disposiciones para que en adelante ningún deudor pudiese ser reducido a prisión³³.

Se identifica por tanto la promulgación de la *Lex Poetelia Papiria* con la desvinculación del patrimonio del deudor respecto de su esfera personal. Que esta norma supuso la abolición de la prisión por deudas es una idea altamente compartida³⁴, sin embargo, aparecen dudas sobre la efectividad de esta prescripción. Sin negar que la ejecución personal se eliminó con esta Ley, GARCÍA GARRIDO señala que todavía en la *Lex Coloniae Genetivae Iuliae* del año 44 a.C. se permitía llevar al deudor a prisión³⁵. La abolición de la prisión por deudas, a pesar de darse formalmente con la *Lex Poetelia Papiria*, fue en realidad un proceso paulatino en el que la ejecución personal se fue sustituyendo por la ejecución patrimonial, lo que queda patente en numerosos textos de

³³ Historia Romana: TITO LIVIO, VIII, 28.

³⁴ Por todos, ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*, Santiago de Compostela, Andavira, 2010, pág. 143.

³⁵ GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado... op. cit.*, pág. 103.

referencia. En este sentido se posicionan CAMACHO EVANGELISTA³⁶ y D'ORS, que constata casos en que el deudor es ejecutado personalmente en la época clásica. Además, este autor otorga a la *Lex Poetelia Papiria* la transformación de la *manus iniectio* de un procedimiento ejecutivo a uno declarativo al establecerse la posibilidad de rechazar la acción sin necesidad de presentar un *vindex*, esto es, personalmente³⁷.

Por su parte, ALEMÁN MONTERREAL reconoce que a partir de esta Ley, la *obligatio* irá perdiendo su carácter de vínculo físico, tornando en un vínculo jurídico. Se trata de un hito en la fusión del *debitum* y la *obligatio* dentro del concepto de obligación, como una figura por la que el deudor responde con todo su patrimonio; y para que las garantías personales y reales sólo sean concebidas como una forma de reforzar el cumplimiento de la obligación contraída³⁸. Sin embargo, explica la pervivencia de ciertas formas de ejecución personal en razón de la responsabilidad por la comisión de delitos, diferenciada o deslindada de la responsabilidad crediticia, que determina la ejecución patrimonial del deudor³⁹.

Para el Profesor GUZMÁN BRITO⁴⁰ la norma en cuestión prohibió el encarcelamiento y encadenamiento del deudor, aunque mantuvo el trabajo personal del mismo como un modo de pagar las deudas.

Son muchas las opiniones acerca de la cuestión de la *Lex Poetelia Papiria*, las expresadas hasta ahora tienen por lo general su base en los textos de TITO LIVIO; no obstante, otros autores como BETANCOURT⁴¹ se inspiran en los textos de GAYO para situar la sustitución de la ejecución personal del deudor por la ejecución patrimonial y la posibilidad de oponerse al rigor de la *manus iniectio* en el S. II a.C. Así, se atribuye tal

³⁶ CAMACHO EVANGELISTA, F., *Derecho Privado Romano*, Granada, AVICAM, 2014, pág. 132.

³⁷ D'ORS, A., *Derecho privado... op. cit.*, págs. 172-174.

³⁸ BISCARDI, A., "La genesi del concetto classico di *obligatio*", *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, págs. 19 y ss; citado por ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia... op. cit.*, pág. 143.

³⁹ ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia... op. cit.*, págs. 142 y ss.

⁴⁰ GUZMÁN BRITO, A., *Derecho... op. cit.*, pág. 124.

⁴¹ BETANCOURT, F., "El concurso de acreedores en el Derecho romano clásico", *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 111.

transformación a normas como la *Lex Vallia de manus iniectio*, la *Lex Furia testamentaria* o la *Lex Marcia de feneratoribus*. Por tanto, la *Lex Poetelia Papiria* quedaría como un mero punto de partida, siendo otras disposiciones las que habrían propiciado la facultad del deudor de liberarse de la ejecución personal a cambio de sus bienes.

Y podríamos seguir glosando otras opiniones doctrinales acerca de la cuestión, sin embargo, resulta más interesante destacar la idea de que el desarrollo del procedimiento civil en roma acabó por sustituir, paulatinamente o de forma más sorprendente, a través de una norma o de otra, la ejecución personal del deudor por la ejecución de naturaleza patrimonial, aboliéndose la prisión por deudas.

Paralelamente a esta evolución, se comenzó a constatar la falta de flexibilidad de las *legis actiones*, que ordenaban un procedimiento muy rígido y formalista, que se adaptaba difícilmente a las necesidades de la época. Además, éstas solo podían ser evocadas por ciudadanos romanos, lo que chocaba con las nuevas perspectivas de Roma, que se estaba convirtiendo en el centro mercantil y cultural del mundo mediterráneo, atrayendo un gran número de extranjeros. Con ello, aumentaron exponencialmente los negocios entre romanos y extranjeros, cuyas controversias no podían ser ventiladas a través de las *legis actiones*. Una vez creada la figura del Pretor peregrino (en torno al año 242 a.C.), y constatadas las deficiencias señaladas, el procedimiento que éste terminaría poniendo en práctica se impuso con motivo de su capacidad para colmar dichas lagunas. La jurisdicción urbana tomó como ejemplo a la pretura peregrina, copiando el proceso que habría de imponerse en Roma en el siguiente paso en la evolución de la Justicia en materia de obligaciones. Estamos hablando del procedimiento formulario cuya génesis explica magistralmente GARCÍA GARRIDO⁴²: *Dada la dificultad que suponía para el nuevo magistrado peregrino, el dar cauce y forma legal a pretensiones formuladas por las partes en diversas lenguas y en distintas formas, lo más lógico es que recurriese a los medios procesales más sencillos, incluso simplificándolos aún más en la práctica. En este proceso arbitral, el Pretor peregrino encauzaba las pretensiones de las partes en una forma procesal y en unos términos jurídicos que facilitaban la decisión del arbiter. Fijaba el planteamiento del litigio*

⁴² GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado... op. cit.*, págs. 109-110.

redactando un documento. Por ello, se construía una fórmula hipotética con la que se comunicaba al árbitro en qué casos debía condenar y en qué casos debía absolver, después de indagar los hechos objeto de la cognición.

De este modo, la realidad comercial (objeto de estudio del Derecho mercantil), tuvo un papel destacado en la creación del procedimiento que habría de ser el marco en el que nacen las reglas que podemos calificar como el origen remoto de la institución concursal: el procedimiento formulario⁴³. Ahora será necesario demostrar qué figura y en qué condiciones puede considerarse como el embrión del Derecho concursal actual. Sin duda, estamos en la senda correcta al destaparse que ciertos problemas de naturaleza mercantil, han sido un motor importante del progreso de la Justicia, y en particular del Derecho de obligaciones, materia íntimamente ligada al concurso de acreedores. Con la creación del Pretor peregrino y la sustitución de la ejecución personal por otra de corte patrimonial, que cristalizan en la época del procedimiento por fórmulas, vamos a tratar de encontrar en el Derecho romano, el antecedente que ya anunciábamos anteriormente para la institución del concurso.

1.3. La ejecución concursal en el Derecho romano

a) *La bonorum venditio*

Este nuevo instituto procesal (el procedimiento formulario) supuso una transformación importantísima de la jurisdicción en Roma. Se trata de un procedimiento nuevo, que aunque mantiene el perfil bipartito de la instancia judicial (fases *in iure* y *apud iudicem*), concede un mayor protagonismo al Magistrado como experto en leyes. Se introduce además la *exceptio* como mecanismo procesal que permite al demandado la confrontación ante la alegación del demandante, lo que supone una referencia básica en el desarrollo histórico de la jurisdicción como medio principal de resolución de conflictos, pues se erige como uno de los pilares de cualquier sistema judicial con un mínimo de garantías. Encontraremos en este momento y con la novedad de la condena pecuniaria como consecuencia de este procedimiento, el antecedente más remoto de la institución concursal.

⁴³ Introducido formalmente por la *Lex Aebutia* del año 130 a. C.

Una vez se desmonta la *fictio iuris* que consiste en hacer responder con su persona al deudor entramos, no sin polémica acerca de la época y las condiciones exactas, en el terreno de otra institución jurídica: la *bonorum venditio*. Como se ha dicho, la aparición del procedimiento formulario y de manera coetánea la abolición de la prisión por deudas son hechos sobre los que no existe un conocimiento absolutamente pacífico. Hemos señalado ya algunos de los debates más importantes sobre esta cuestión y en relación a la posible convivencia de las *legis actiones* y el procedimiento formulario, la entrada de manera progresiva de la ejecución patrimonial en la Justicia romana, etc. De la misma forma, existen discrepancias en cuanto a la llamada *bonorum venditio* y sus implicaciones. Sin embargo, y dado el esfuerzo de síntesis necesario, preferimos que esta parte histórica sea una ocasión para contextualizar y conocer el origen de la institución, más que para cuestionar la veracidad de los hechos histórico-jurídicos que podemos encontrar en los textos analizados.

La definición más clara de *bonorum venditio* que podemos encontrar y comprender con las pocas nociones que se han dado hasta ahora, la proporciona PÉREZ ÁLVAREZ⁴⁴: *instituto que se dirige al apoderamiento de todo el patrimonio del sujeto pasivo a petición de uno o varios acreedores, los cuales son puestos en posesión de los bienes del demandado (misio in bona rei servandae causa) ex edicto. Transcurridos determinados plazos, el magister bonorum procedía a la subasta de los bienes en su conjunto y los entregaba a quien ofreciera pagar un mayor porcentaje de las deudas.* En este sentido, parece una definición muy aproximada a la idea de concurso actual. Por supuesto que encontramos diferencias sensibles entre una y otra institución, pero no deja de ser asombrosa la aproximación entre la institución romana y la contemporánea, después de tanto tiempo.

El origen de la *bonorum venditio* es uno de los temas sobre los que difícilmente puede llegarse a un acuerdo. Lo lejano de las fuentes siempre aportan confusión al análisis jurídico, sin embargo, a este respecto las interpretaciones doctrinales son muy

⁴⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum... op. cit.*, pág. 75.

diversas. Las principales vertientes epistemológicas que han tratado de proporcionar una solución han planteado tres posibles opciones⁴⁵:

– Con base en los textos de GAYO⁴⁶, se concluye que la *bonorum venditio* fue creada por el Pretor Rutilio Rufo, que desempeñó tal cargo en torno al 118 a.C. Esta tesis también se apoya en un fragmento de ULPIANO⁴⁷ (GIRARD, RAMADIER).

– También interpretando el citado texto de GAYO, otros autores han entendido que realmente se trata de una referencia a Rutilio Calvo, que fue Pretor en el año 168 a.C. (DERNBURG, ACCARIAS, MAYNZ, SERAFINI).

– En último lugar, existe un sector doctrinal que mantiene que la *bonorum venditio* es una institución anterior al procedimiento formulario, siendo la obra legislativa del Pretor Rutilio un paso más, dentro de un procedimiento ya existente (SCHERILLO, CARRELLI).

Una segunda cuestión que resulta muy controvertida en cuanto a esta institución, es la relativa a los hechos que daban lugar a la efectividad de la *bonorum venditio*, es decir, se duda sobre la respuesta a la pregunta: ¿Para qué casos hacía uso de la *bonorum venditio* la jurisdicción romana? Se trata de una discusión fundamental puesto que nos puede tanto alejar del concepto actual de concurso, como acercarnos –más todavía– en sede de presupuesto objetivo, entendido como el requisito fundamental para la apertura del proceso. De nuevo existen diversas concepciones en la doctrina, entre las que destacan: de un lado la tesis que sostiene que estamos ante el modo de ejecución de sentencia clásico del procedimiento formulario (época clásica)⁴⁸; y de otro, la idea de

⁴⁵ Entre otras revisiones de las posiciones doctrinales preponderantes destaca: PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum... op. cit.*, págs. 78 y ss.

⁴⁶ GAYO, *Instituta*, IV.35: Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit. sed interdum et alio modo agere solet. nam ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione conuertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset uel illi dari oporteret, eo nomine aduersarius huic condemnetur. quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum uenditionem introduxisse dicitur, comparata est. superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Seruiana uocatur.

⁴⁷ ULPIANO, *Digesto*, 38.2.1.1: Et quidem primus praetor rutilius edixit se amplius non daturum patrono quam operarum et societatis actionem, uidelicet si hoc pepigisset, ut, nisi ei obsequium praestaret libertus, in societatem admitteretur patronus.

⁴⁸ BETANCOURT, F., “El concurso de acreedores...” *op. cit.*, pág. 112.

que inicialmente la aplicación de la *bonorum venditio* se destinó a los casos de falta de sentencia o de imposibilidad de su ejecución por evasión del condenado más que como un medio de ejecución de aquélla⁴⁹. A pesar de ello, debemos hacer converger todas estas visiones hacia una concepción más amplia, que entienda que si bien los orígenes de la *bonorum venditio* fueron cuestionables, la evolución de la figura la hizo responder ante las situaciones de insolvencia o de impago de deudas por parte del *iudicatus*, que es lo que ateniéndonos al objeto de estudio más nos interesa.

Precisamente, este último concepto, el de insolvencia, resulta también absolutamente confuso en el Derecho romano clásico. Las principales posiciones doctrinales han sido glosadas con detalle y en profundidad por ALEMÁN MONTERREAL⁵⁰; a continuación se exponen las más interesantes: algunos autores determinan que la *bonorum venditio* tuvo como presupuesto objetivo la insolvencia, esto es, no se castigaba a quien no tenía bienes sino a quien manifestaba la incapacidad de su activo para hacer frente al pasivo⁵¹; otros, optan por interpretar que la activación de este procedimiento se daba tras el incumplimiento de una obligación, no importando tanto si se trata de una situación de insolvencia estructural o de mera iliquidez transitoria o puntual⁵²; un tercer grupo entiende que el presupuesto objetivo de este proceso se encuentra en el incumplimiento de una condena establecida por sentencia (voluntaria o forzado por una situación de insolvencia real)⁵³; y finalmente, podemos recoger también una tesis de la propia autora, que señala la necesidad de reflexionar sobre el concepto de “imposibilidad de pago” como presupuesto de la *bonorum venditio*, entendiendo que difícilmente el deudor va a acceder a la realización de todo su

⁴⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum... op. cit.*, págs. 75-76.

⁵⁰ ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia... op. cit.*, págs. 178 y ss. En la obra, la autora dedica un enorme esfuerzo teórico al tratamiento de la insolvencia, concepto que consigue diseccionar en todas sus vertientes y que tan solo puede ser revisado aquí, sin mayores pretensiones que hacernos eco de tal estudio. En las páginas 228 y 229 se resumen todos los conceptos que pueden tenerse en cuenta a la hora de construir la figura de la insolvencia, para concluir que en la *bonorum venditio* el presupuesto subjetivo es la indisponibilidad actual de pago.

⁵¹ Por todos, BETANCOURT, F., “El concurso de acreedores...” *op. cit.*, pág. 112.

⁵² Entre otros, ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia... op. cit.*, págs. 181 y 195.

⁵³ CLEMENTE MEORO, M., “Término y vencimiento anticipado: antecedentes históricos”, *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 44, nº4, 1991, págs. 1550 y ss.

patrimonio, además de sufrir el resto de connotaciones en relación a su honorabilidad⁵⁴, si hubiese estado en posición de cancelar los créditos que sobre él pesaban.

Pues bien, una vez hemos pasado por el terreno de lo dudoso, donde las herramientas para poder profundizar en la cuestión son una serie de hipótesis de difícil verificación, vamos a concentrarnos en lo cierto de la figura jurídica que estamos estudiando. De esta manera, lo confuso de la *bonorum venditio* ha sido expuesto sin más pretensiones que situar algunas cuestiones útiles para seguir avanzando en la investigación. En lo que sigue, vamos a tratar ciertos aspectos que nos interesan más de la institución y sobre los que tenemos una certeza mucho mayor. En concreto vamos a esbozar el procedimiento en sí, para tratar de constatar las similitudes con nuestro actual concurso de acreedores.

Centrándonos en el caso de la *bonorum venditio* como forma de ejecución – patrimonial– de la sentencia⁵⁵, debemos señalar que se trata de una ejecución de carácter universal, esto es, se dirige contra todo el patrimonio del deudor, aunque el valor de la condena sea notablemente inferior al del patrimonio⁵⁶. Cuando recaía la sentencia que condenaba a una persona al pago de una determinada cantidad (o tenía lugar la *confessio*, equiparada en este sentido), ésta tenía un plazo de treinta días para cumplir la sentencia, tras el que el acreedor o acreedores podían interponer la *actio iudicatis* correspondiente si no se había procedido al pago de lo debido, esto es, una acción ejecutiva. Si en este momento el deudor se oponía, se estaba arriesgando a una condena *in duplum* (si se confirmaba la sentencia). En cualquier caso, el triunfo de la acción se concretaba en un decreto pretorio que disponía la apertura de la *misio in bona*, primera fase de la ejecución. Ésta tendría lugar durante treinta días desde la emisión del citado decreto si el deudor estaba vivo, mientras que para el deudor difunto el plazo se reducía a quince días.

⁵⁴ Nos referimos a la nota de infamia.

⁵⁵ Aunque quizá no comportó como hemos visto el uso primigenio de la institución, que pudo ser el de resolver el problema de la ejecución del deudor sustraído de la Justicia o del que había muerto sin herederos, sin duda se terminó utilizando entre otros casos: en la ejecución patrimonial del deudor condenado al pago de una o más deudas que incumplía el contenido de la sentencia.

⁵⁶ GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado... op. cit.*, pág. 143.

La *missio in bona* consistía en el apoderamiento de todos los bienes del condenado por parte de sus acreedores⁵⁷. Se trata de una primera fase en el procedimiento de *bonorum venditio* que es previa y necesaria a la subasta de los bienes. Acreditado el incumplimiento de la obligación del “concurtido”, todos los acreedores se aprovechan de la *missio in bona*, pues aunque sea solicitada la ejecución por tan solo uno de ellos, el procedimiento revierte en el beneficio de todos. Durante el tiempo que dura esta etapa, los acreedores se convierten en meros detentadores de los bienes, siguiéndose así la principal opinión doctrinal, que niega el traspaso de la posesión o del dominio a los acreedores que se apoderan de los bienes en la *missio in bona*. De esta tesis se hace cargo PÉREZ ÁLVAREZ: *La propiedad y la posesión siguen perteneciendo al deudor. Por tanto, los acreedores no pueden usucapir ni utilizar los interdictos posesorios; tienen facultades de administración sólo en cuanto fueran necesarias para preservar el patrimonio de toda disminución porque el fin de la misio in bona es la conservación del patrimonio del deudor*⁵⁸. A esta fase se le daba publicidad a través de la *proscriptio bonorum*, que consistía en diferentes anuncios públicos cuya finalidad era la de atraer tanto a los acreedores que no tuvieran constancia del procedimiento como a algún tercero que pudiera pagar la deuda. En algunas ocasiones, mientras durara la *missio in bona* era nombrado por el Magistrado un *curator bonorum*⁵⁹, cuya presencia era necesaria cuando la administración del patrimonio requería el desempeño de actividades que excedían las facultades de los acreedores⁶⁰, tales como: el ejercicio de acciones del deudor sujetas a plazo preclusivo, la venta de objetos que se hayan de deteriorar o la representación procesal encaminada a la revocación de actos fraudulentos. Todo ello redundaba en su verdadera función: la conservación y administración del patrimonio.

Finalizada esta primera fase sin que se haya producido la satisfacción de la deuda, se procede a la venta en subasta de los bienes del condenado. Para ello, el Magistrado⁶¹ faculta a los acreedores por medio de un decreto para que –de entre ellos–

⁵⁷ Recordemos que es una ejecución de carácter universal.

⁵⁸ Por todos, PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum... op. cit.*, págs. 147-148.

⁵⁹ CAMACHO EVANGELISTA, F., *Derecho Privado... op. cit.*, pág. 132.

⁶⁰ ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia... op. cit.*, pág. 203.

⁶¹ Algunos autores señalan que este decreto emana del Pretor. *Vid.* BETANCOURT, F., “El concurso de acreedores...” *op. cit.*, pág. 114.

elijan un *magister bonorum*. Esta figura se podía asimilar a una especie de síndico, que tenía como principal función el establecimiento de las condiciones de la venta a través de la *lex venditionis*. Este documento contiene: un inventario de los bienes del deudor, las cargas que pesan sobre ellos, los acreedores del condenado y sus derechos de crédito, la clasificación de los mismos en torno a garantías o privilegios, el precio que abriría la subasta, etc. Es decir, toda la información necesaria para proceder en un plazo de diez (deudor vivo) o cinco días (deudor fallecido) a la licitación de sus bienes. Efectivamente, la venta del conjunto patrimonial del deudor se producía a través de una subasta. Era la segunda fase del procedimiento de *bonorum venditio*, en la que quienes pujaban, no ofrecían una suma por el patrimonio del condenado, sino el pago de un porcentaje de las deudas del mismo. En este sentido, se atribuía el patrimonio al mejor licitador (*bonorum emptor*), es decir, el que había ofrecido pagar una mayor proporción de las deudas⁶².

El *bonorum emptor* pasaba a ocupar la posición patrimonial del deudor, que perdía cualquier facultad o dominio sobre el mismo, hasta el punto de que se ha llegado a comparar este contexto traslativo del dominio de un conjunto de bienes con una sucesión *mortis causa* en la que el *bonorum emptor* sería el heredero del condenado⁶³. La satisfacción del porcentaje de los créditos comprometido por el nuevo titular del patrimonio del deudor seguía un orden establecido, en el entendido de que debía regir dicha actividad el principio *par conditio creditorum*. No obstante, el principio general de igualdad de los acreedores no impedía la existencia de un régimen de privilegios terminara por establecer un orden de prelación de créditos que tenía como objetivo satisfacer en primer lugar a aquellos acreedores que contaban con determinadas condiciones⁶⁴. Además, señala GUZMÁN BRITO que entre los bienes del *concurrido* (nótese la terminología empleada), podía haber determinados derechos de preferencia que escapan a la consideración de privilegio. Estamos hablando de bienes sobre los

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Esta idea queda enunciada en: CAMACHO EVANGELISTA, F., *Derecho Privado... op. cit.*, pág. 133. Sobre esta cuestión señala GUZMÁN BRITO que en cuanto a las cosas corporales que se transmiten al *bonorum emptor*, éstas son adquiridas por Derecho pretorio ya que el *magister bonorum*, al no ser su dueño civil, *estrictamente cumple una venta de cosa ajena y entonces nada puede transferir a terceros*. GUZMÁN BRITO, A., *Derecho... op. cit.*, pág. 253.

⁶⁴ La figura de *creditores privilegiarii* es puesta de manifiesto a partir de D. 2.14.10; 14.5.3; o 42.5.24.3 por GUZMÁN BRITO, A., *Derecho... op. cit.*, págs. 255 y ss.

que recaigan prenda o hipoteca a favor de determinados acreedores. Estos bienes serían –según el citado autor– excluidos del concurso general, abriéndose uno de naturaleza particular para determinar la satisfacción de estos acreedores con derechos basados en la constitución de una garantía real; manteniéndose la posibilidad de acudir al concurso general si a través del particular, al que está afectado el bien pignorado o hipotecado, no ha sido posible o plena la satisfacción del acreedor⁶⁵.

Para que el *bonorum emptor* pudiera contar de manera efectiva con todo el patrimonio del deudor, el legislador romano otorgaba a aquél la posibilidad de utilizar dos acciones que facilitaran tal cuestión y que tenían como objetivo la reclamación de prestaciones de las que el condenado fuera acreedor en el momento de la *bonorum venditio*. Se trata de la acción Rutiliana (con transposición de sujetos), utilizada cuando el “concurtido” estaba vivo; y la acción Serviana, que se usaba si el deudor había muerto, tratándose de una acción ficticia al considerar al *bonorum emptor* el heredero del *iudicatus*⁶⁶.

La institución revela un importante carácter especulativo⁶⁷ y es que, la situación de iliquidez irremediable durante el proceso no tiene por qué significar la inexistencia de bienes realizables. En este sentido, el *bonorum emptor* podía aprovechar la situación de “insolvencia actual” del condenado al pago de una deuda para, solventando parte de la misma (o la totalidad), hacerse con el dominio de todo el patrimonio de éste, cuyo valor podía superar con creces la inversión. Esta estrategia tenía virtualidad tanto si la intención era disfrutar los bienes *per se*, como si era la liquidación del patrimonio sin prisa, en condiciones más favorables.

b) Otras formas de concurso

Junto a la *venditio bonorum* también surgieron otras formas de ejecución concursal. El desarrollo del Derecho romano en este ámbito fue aportando nuevas

⁶⁵ *Ibidem*. Como veremos más adelante, no es plenamente compartida la idea de que el acreedor hipotecario y el acreedor pignoraticio no formaran parte de la masa concursal y supusieran un ejemplo de ejecución separada.

⁶⁶ CAMACHO EVANGELISTA, F., *Derecho Privado... op. cit.*, pág. 133.

⁶⁷ D'ORS, A., *Derecho privado... op. cit.*, pág. 176; PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum... op. cit.*, pág. 269.

figuras, que en ocasiones tenían como razón de ser la matización de los graves efectos que las instituciones romanas tenían sobre el deudor concursado. En concreto, haremos referencia a la *cessio bonorum* y a la *distractio bonorum*.

Así, tras la promulgación en época de Augusto, de la *Lex Iulia de cessione bonorum*, aparece una fórmula atenuada de la temible *bonorum venditio*, consistente en la entrega voluntaria de los bienes del deudor a sus acreedores, para que éstos los vendan y satisfagan sus créditos: la *cessio bonorum*. El recurso a esta figura no podía ser rechazado por los acreedores una vez se solicitaba al Magistrado⁶⁸. Sin embargo, se duda sobre si este beneficio podía ser utilizado por cualquier deudor; o si éste debía tener alguna condición especial como no haber procedido con mala fe en lo que se refiere a su situación económica o como el propio hecho de tomar la iniciativa de manera voluntaria al ofrecer su activo a los acreedores⁶⁹. En cualquier caso, el deudor que hacía uso de la *cessio bonorum*, contaba con importantes ventajas, a saber: evitaba la ejecución personal, evitaba la nota de infamia que conllevaba la ejecución patrimonial y además disfrutaba del llamado *beneficium competentiae*. Éste es una especie de fórmula de limitación de responsabilidad que protegía al condenado de los acreedores residuales que no habían visto satisfechos sus créditos mediante la *cessio bonorum*⁷⁰, sin que pudieran volver a reclamar⁷¹, salvo que el deudor cedente volviera a tener de nuevo un patrimonio de cierto valor⁷².

Pero ahí no acabará el desarrollo de la Justicia en torno al procedimiento civil romano, la *cessio bonorum* se trata de un ejemplo de ese proceso que nunca termina: el perfeccionamiento de las normas. Prueba de ello es que dentro de esta misma institución en la época justiniana, los acreedores pudieron elegir entre dos opciones cuando se planteaban la cesión: seguir dicho procedimiento, o bien conceder al deudor un

⁶⁸ BETANCOURT, F., “El concurso de acreedores...” *op. cit.*, pág. 112.

⁶⁹ En este sentido, PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum... op. cit.*, págs. 123 y ss.

⁷⁰ D’ORS, A., *Derecho privado... op. cit.*, pág. 175.

⁷¹ Si se daba tal reclamación y el activo del deudor no era suficiente para cubrir el crédito, la deuda se extinguía.

⁷² Además, siempre quedaba fuera de cualquier ejecución el mínimo que le era imprescindible para vivir al deudor.

aplazamiento en el pago durante un periodo de 5 años⁷³. Como puede comprobarse, la ejecución concursal no ha dejado de evolucionar en ningún momento de la historia, muy particularmente en Roma, donde aparecen algunos mecanismos perfectamente asimilables a los que tenemos actualmente.

Por su parte, la *distractio bonorum* nace como un sistema de ejecución privilegiado, ya que tenía la ventaja de evitar la infamia, utilizándose exclusivamente en determinados supuestos, como es el caso de las *clarae personae*: senadores y sus mujeres, de los *impúberes* y de los *locos* o los *pródigos*⁷⁴. Es un procedimiento que tiene por tanto ciertos tintes paternalistas; y que sustituye la ejecución universal del concursado por la venta singular (uno por uno) de los bienes, hasta reunir el montante total de las deudas. Todo esto con el consiguiente efecto temporal que conllevaba respecto de la *bonorum venditio*: ésta se realizaba en treinta días, frente a los cuatro meses que podía dilatarse la *distractio bonorum*. No obstante, algunos autores señalan que esta institución terminó eliminando a la *bonorum venditio* de forma paulatina como mecanismo general de ejecución concursal⁷⁵, quizás en unos primeros momentos dando la oportunidad a los acreedores de elegir el medio de ejecución, para terminar imponiéndose el medio menos gravoso para el deudor.

MARTÍNEZ FLOREZ, con un acertadísimo criterio señala que la generalización de la *distractio bonorum* en la época justiniana supone un verdadero antecedente al concurso de acreedores actual, al caracterizarse un sistema en que la ejecución universal debe ser solicitada por varios acreedores, mientras que la ejecución especial se concibe como un *procedimiento ordinario, aplicable cuando la ejecución es demandada por un solo acreedor*⁷⁶. Sin embargo, y sin llegar a negar este extremo, en nuestra investigación hemos preferido situar el origen más remoto de la institución concursal tras la génesis del procedimiento formulario y las primeras formas de la *venditio bonorum*, que obviamente fueron objeto de modificaciones. Desde luego que la evolución de estos

⁷³ ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia... op. cit.*, pág. 218.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Por todos, CAMACHO EVANGELISTA, F., *Derecho Privado... op. cit.*, pág. 133.

⁷⁶ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 4, 2005, pág. 320.

mecanismos hace más reconocible y más fácil la búsqueda de puntos en común; pero nuestra intención va un poco más allá. Entendemos que existe concurso –arcaico, primitivo– desde que aparecen las reglas necesarias para la concurrencia de varios acreedores sobre un mismo deudor, ordenándose un procedimiento de relativa complejidad para conseguir la solución del conflicto. Esta posibilidad ya se daba con la *bonorum venditio*, que podía ser invocada tanto por un solo acreedor como por una pluralidad de ellos; siendo lo verdaderamente relevante es este segundo caso. Por supuesto que la *distractio bonorum* guarda mayor identidad con lo que hoy denominamos concurso pero, negar que el origen más remoto de esta institución es la *bonorum venditio* porque ésta podía darse sobre deudores con un solo acreedor, es equivalente a negar que la *bonorum venditio* o la *distractio bonorum* no son antecedentes de la quiebra ya que el deudor no tenía por qué ser un comerciante. Evidentemente existía esta posibilidad, pero no buscamos una figura en Roma igual a la que ha creado y refundado el legislador actual, sino el mecanismo que desde su núcleo más simple, ha inspirado toda la doctrina concursal posterior.

c) Similitudes entre el proceso concursal romano y el actual

A pesar de tratarse de instituciones distintas, podemos establecer un paralelismo claro entre el procedimiento concursal romano (*bonorum venditio*) y el actual. Ello no obsta que se trate como decimos, de procedimientos diferentes, con caracteres que los separan, lógicamente, pues la institución romana respondía a las necesidades de una sociedad de hace dos mil años, que a pesar de ser la base de nuestra tradición jurídica tenía unos valores distintos a los que hoy inspiran nuestro ordenamiento. Sin duda hoy en día el concurso de acreedores es menos gravoso para el deudor de lo que era entonces; y se han incorporado principios que han “humanizado” el procedimiento. No obstante, al hilo de todo lo estudiado, podemos enumerar determinadas características que son compartidas por ambos sistemas, sin dejar de sorprendernos por la cantidad y profundidad de dichas similitudes:

– El procedimiento es de naturaleza judicial, es decir requiere de la intervención de un representante de los poderes públicos, que encarna el valor de la Justicia dentro

del ordenamiento⁷⁷; además, el órgano jurisdiccional no puede iniciar el proceso de oficio, sino que la apertura del mismo implica la petición de la parte interesada, normalmente un acreedor, lo que redundará en la incorporación de todos los demás al procedimiento.

– El decreto que da inicio a la fase de *missio in bona* se asemeja al auto con el que el Juez abre el procedimiento. En ambos casos se da inicio a la etapa en la que se constata qué tiene el deudor y cuánto debe a sus acreedores. Para que tenga lugar este paso formal dentro del concurso, la instancia que ordena la apertura del proceso lo hace tras la constatación de los presupuestos necesarios para que se inicie. También tendrá el deudor en los dos ordenamientos que se comparan, la posibilidad de oponerse a este acto judicial.

– Desde que comienza el procedimiento, el interés de los acreedores, que es preponderante, ordena la limitación en las facultades de administración del patrimonio al propio deudor. En este sentido, si bien no está plenamente despojado de sus atribuciones en razón de actos que son urgentes, no puede llevar a cabo ninguna acción que debilite o merme los derechos de crédito de los acreedores. El fundamento para limitar las facultades de administración y disposición del deudor es el mismo.

– La gestión del patrimonio concursado se encarga en las dos ocasiones a una instancia que sin tener el dominio de los bienes del deudor, resulta apoderada para administrarlos. Es cierto que en Roma, según el momento procesal, había que hablar del *curator bonorum* (que hacía el inventario y conservaba la masa durante la *misio in bona*) o del *magister bonorum* (que se encargaba de la venta); mientras que en nuestro ordenamiento solo hay un órgano encargado de todas esas tareas, el administrador concursal. No obstante, el hecho de confiar los bienes a un tercero para su administración y la similitud en las competencias de estos órganos, acreditan una sobrada identidad entre las instituciones.

– La *cessio bonorum*, entendida como un sistema atenuado o más beneficioso para el deudor, con motivo de su anticipación a los acreedores, comunicando voluntariamente su situación económica. Parece que esta mecánica es la misma que

⁷⁷ En Roma el Magistrado; en la actualidad el Juez de lo Mercantil.

sigue nuestra legislación actual con el concurso voluntario, donde el deudor es el que solicita la apertura del procedimiento ante su propia insolvencia.

– La disposición de época ya justiniana que permite a los acreedores elegir entre la *cessio bonorum* o el aplazamiento en el cobro de sus créditos hasta 5 años después, es una medida que recuerda a los convenios de espera, o incluso a las últimas reformas en materia concursal, que introducen los acuerdos de refinanciación y que tratan de apoyar las soluciones a la insolvencia al margen del tedioso procedimiento.

– Las consecuencias y el rigor del procedimiento concursal no están previstos en los mismos términos para el deudor de buena fe que para el deudor fraudulento. Ni en Roma⁷⁸ ni actualmente⁷⁹ tienen el mismo tratamiento, siendo un régimen de ejecución patrimonial más duro el que corresponde al deudor de mala fe o fraudulento (culpable).

– En la evolución del Derecho concursal en Roma, aparecieron mecanismos para resarcir a los acreedores insatisfechos en virtud de negocios jurídicos fraudulentos o que cumplían ciertas condiciones que se concretaban en un perjuicio a la masa. Estos instrumentos tales como la *actio Pauliana*, derivada del *interdictum fraudatorium* y la *actio Fabiana*⁸⁰, guardan una estrecha relación con las actuales acciones de reintegración de la masa activa.

– De entrada, en ambos ordenamientos rige el principio de igualdad de los acreedores (*par conditio creditorum*). Este principio adquiere su relevancia dogmática a partir de la actividad comercial⁸¹, que como aquí mantenemos es el motor y la razón de ser de la institución concursal.

⁷⁸ BETANCOURT, F., “El concurso de acreedores...” *op. cit.*, págs. 113 y ss.

⁷⁹ En este sentido podemos mencionar a título de ejemplo tanto las diferencias entre el concurso voluntario y el necesario; y sobre todo, las que derivan de la calificación culpable del concurso.

⁸⁰ D’ORS, A., *Derecho privado...* *op. cit.*, pág. 179.

⁸¹ La *par conditio creditorum* era el principio que regía el reparto de las mercancías gestionadas por los esclavos (concepto de peculio) cuando su dueño conocía perfectamente las actividades del esclavo (reparto *pro rata*). En cambio, cuando no tenía tal control sobre los negocios del esclavo, el dueño de éste no perdía su privilegio como acreedor. Sobre esta cuestión, *vid.* LAZO GONZÁLEZ, P., “El contexto dogmático de la *par conditio creditorum* en el Derecho romano”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 17, n^o2, 2010; y “Limitación de la responsabilidad: bases romanas de un dogma

– Igualmente, en los dos casos existen excepciones que van a matizar y en ciertas ocasiones a vaciar de significado la *par conditio creditorum*. Está acreditado que de la misma forma que ocurre en nuestro Derecho, en Roma existía un sistema de privilegios entre los acreedores concursales. La doctrina se debate entre un sistema en que debieron existir junto a los privilegios concursales, determinados casos de concursos particulares o –más en la línea de la terminología actual– ejecuciones separadas para ciertos acreedores que ya hemos analizado⁸²; o bien un sistema donde toda preferencia en el pago a los acreedores se sustancie a través de un privilegio concursal⁸³: en primer lugar se situaban los acreedores hipotecarios (que si no veían completamente resarcido su crédito podían efectuar la acción hipotecaria); en el siguiente escalón los acreedores privilegiados, que podían serlo por diferentes conceptos; en tercer lugar los acreedores quirografarios⁸⁴; y finalmente los acreedores ordinarios. Por tanto, se reconocen tanto en Roma como en la actualidad, privilegios o derechos de separación que desvirtúan o fracturan la igualdad de los acreedores.

En virtud de todo ello, creemos que lo que debe llamar nuestra atención no es si el concepto de insolvencia en el Derecho romano y en el Derecho positivo entroncan perfectamente, o si la naturaleza de los acreedores privilegiados era la misma (difícilmente podría serlo sabiendo que en Roma uno de los privilegios era a favor de la mujer para la restitución de la dote). A pesar de que puedan encontrarse divergencias importantes en cuanto al contenido de las disposiciones en uno y otro ordenamiento, lo realmente interesante es que existieran los privilegios concursales o el concepto de insolvencia en sí. En este sentido, y a modo de ejemplo, no importará que en una época se llamara *curator bonorum* y en otra administrador concursal si estas figuras tienen una naturaleza tan similar y un fundamento idéntico. Ése fundamento idéntico, que se ha repetido en numerosas partes del procedimiento concursal romano con respecto al actual, es lo que ha motivado que una parte del estudio se dedique a un Derecho ya derogado, pero que como se ha comprobado está incardinado en la base (y a veces en la

iusprivatista”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Universidad Austral de Chile – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen XXV, n° 1, 2012.

⁸² GUZMÁN BRITO, A., *Derecho... op. cit.*, pág. 257.

⁸³ ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia... op. cit.*, págs. 210-211. Contra esta idea de

⁸⁴ Reconocidos por el deudor en un documento especial.

superficie) de nuestras instituciones jurídicas. Sin duda la investigación sobre el Derecho romano aporta claves para entender desde un punto de vista mercantil, el concurso como solución a la situación de insolvencia.

2. Derecho medieval

A pesar de tratarse éste de un capítulo en el que se pretenden traer a colación tan solo los hitos más importantes en relación con la construcción histórica del Derecho de la insolvencia, resulta importante no perder en ningún punto el hilo temporal. Dedicamos por tanto un epígrafe al periodo comprendido entre la caída del Imperio Romano y el siglo XVI. En un mismo apartado, vamos a citar los fueros y normas más importantes en relación con la responsabilidad del deudor concursado, que estuvieron vigentes en nuestro ámbito territorial entre el Derecho romano (un verdadero hito que sitúa por primera vez en la esfera jurídica el concurso de acreedores) y los importantísimos textos de autores como SALGADO DE SOMOZA en el S. XVII. Desde luego que existió evolución normativa durante este periodo tan dilatado de la historiografía jurídica; en ningún momento negamos ese extremo pero, entendiendo que el cometido de este capítulo es la contextualización histórica de la institución concursal sin tratarse de una investigación histórica en sí, hay que seleccionar aquellos textos o autores que nos son más útiles. A pesar de no poder hacer una revisión exhaustiva a este respecto por cuestiones de síntesis, creemos que lo más razonable es dejar constancia de esta circunstancia. En este sentido, no queremos pasar sin al menos mencionar algunas normas que nacieron en estos siglos y que supusieron novedades reales en el tratamiento jurídico de la insolvencia.

En el Derecho visigodo destaca por encima de todas las normas el *Liber Iudiciorum*, que señalaba en su Libro Quinto⁸⁵ las diferencias en el sistema para hacer

⁸⁵ *Liber Iudiciorum*, V, 6, 5: *Si una persona reatu vel debito multis teneatur obnoxia. Si una persona plurimis rea vel debitorix maneat, qui prior in petitione praecesserit, et aut per placitum, aut debitorem esse docuerit, ipsi nihilominus aut iuxte qualitatem debiti satisfacere compellendus est, vel dammandus a iudice. Quod si quibus reus vel debitor manet, uno eodemque tempore contra eum agere coeperint, secundum quantitatem debiti vel reatus, aut reddere omnibus, aut omnibus addicendus est serviturus. Quarere tamen a iudice ad liquidum oportebit, cui magis reus vel debitor maneat, ut ipsi maiorem partem reddi praecipiat: et de reliquo, quod de facultate rei vel debitoris remanserit, quantum reddatur caeteris iudex ipse manifeste perpendat. Certe si non fuerit unde compositio exsolvi debeat, cum hoc saltem quod videtur habere, pro debito vel reatu perpetim serviturum iudex petentibus tradere non desistat.*

frente a las deudas del insolvente cuando éste contaba con una pluralidad de acreedores. De esta forma, el deudor que solo tenía un acreedor e incumplía sus obligaciones con aquél, era sancionado a pagar el doble o el triple del crédito (*duplicatio* o *triplicatio*), quedando prohibida la vinculación personal del obligado al pago, por razón de su crédito. Así, cuando solo había un acreedor, no quedaba el deudor a merced de penas físicas, sino que la sanción era meramente pecuniaria⁸⁶. La citada disposición del Libro Quinto del *Liber Iudiciorum* preveía el concurso en sí, es decir, la concurrencia de varios acreedores frente al “concurtido”, situación que contaba con otro tipo de proceso. En estos casos, el procedimiento que debía pasar la persona que incumplía sus obligaciones era más grave. En este sentido, tal y como se hace eco ALEJANDRE GARCÍA⁸⁷, se preveía la servidumbre del deudor. Las razón de agravar el tratamiento de la insolvencia del deudor que tenía una pluralidad de acreedores, según este autor, está en la presunción en tal situación, de que aquél está llevando a cabo una actitud o una actividad “semicapitalista”, hecho por el que debe responder cuando de éste se hayan derivado los saldos negativos que le llevan a la insolvencia. Es interesante esta concepción, que punía la actividad económica en su vertiente más especulativa; razonamiento que no debe servir hoy día para justificar los procedimientos de insolvencia ante una pluralidad de acreedores, ya que el capitalismo es la ideología imperante en las sociedades occidentales. De hecho, nuestra propia Constitución de 1978⁸⁸ reconoce como sistema económico la economía de mercado, es decir, las leyes capitalistas como motor del progreso en el ámbito económico.

⁸⁶ *Liber Iudiciorum*, II, 5, 8: *Ne sub unius causae res alia, vel persona callidis definitionibus obligetur: de poena etiam quae sit in placitis inserenda. Pravis ac malignis moribus improborum iustitiae Semper est sentiendi obvianandum. Ideoque quia dira perversorum cupiditas ita saepe plurimos novarum fraudum molitione conlaqueat, ut quum pro re qualibet adimplenda sit pactio, res eorum simul obligent ac personas; hoc fieri omnimodo prohibemus. Sed quotiens undelibet placitum conscribetur, non amplius in transgressoris poena, quam duplatio reddendae rei vel triplatio nummorum satisfactione taxetur. Res tamen omnis aut persona nullatenus obligetur: quia iniustum penitus adprobamus, ut unius causa debiti rerum fiat omnium perdition, vel personae. Quodcumque igitur contra legis huius decretum conscriptum placitum, vel definitio facta fuerit, ubicumque reperta fuerit, vacua omnimodis et invalida reputetur.*

⁸⁷ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación*, Universidad de Sevilla, 1970, págs. 4 y ss.

⁸⁸ Artículo 38 CE: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

Esta diferencia de trato entre el deudor que tiene un acreedor o varios en el ordenamiento visigodo (gracias a la obra legislativa de Chindasvinto), es una evidencia constatada ampliamente por la doctrina⁸⁹. Es una cuestión fundamental pues, como hemos mantenido, se trata del elemento que a nuestro parecer determina la existencia de un esquema asimilado al Derecho concursal. No podría existir un Derecho concursal que fuera una mera adaptación de las normas ordinarias de cumplimiento de las obligaciones, puesto que el concurso es precisamente el procedimiento resultante de la diferenciación del deudor insolvente que tiene (o puede tener) una pluralidad de acreedores con respecto a los demás; atendiéndose a esta circunstancia como suficiente para crear un proceso especial en relación al cumplimiento de las obligaciones del deudor.

La sanción física, en este caso reservada a los deudores con una pluralidad de acreedores, quedaba materializada en la servidumbre del concursado frente a los titulares de los créditos no satisfechos. A este respecto ALEJANDRE GARCÍA señala que se trataba de una medida⁹⁰ desproporcionada al constituirse como perpetua⁹¹. Sobre la desproporcionalidad de la servidumbre perpetua en favor de los acreedores, entendemos que en este punto existe un problema de vigencia de la norma, puesto que no es posible enjuiciar la proporcionalidad de una medida pasada con la escala de valores presente⁹². Por tanto, podríamos dudar sobre la calificación de ese instrumento que suponía la servidumbre del concursado, ya que para enjuiciar su proporcionalidad, debemos hacer un ejercicio de cierta trasposición mental, para tomar el contenido de

⁸⁹ Por todos: URQUIZU MEJÍAS, O., *La quiebra y el concurso de acreedores: origen, pervivencia y recepción en el sistema jurídico español* (Tesis Doctoral dirigida por OBARRIO MORENO, J. A.), Universidad de Valencia, 2012, pág. 60; ZAMBRANA MORAL, P., *Iniciación Histórica al Derecho Concursal: Planteamientos institucionales*, Universidad de Málaga, 2001, pág. 54.

⁹⁰ Cabe aludir a lo apropiado de la palabra “medida” en este contexto, pudiendo dudarse sobre la pertinencia de términos como “castigo” o “pena” en materia concursal. Hasta el momento se han empleado de forma asidua algunos de ellos u otros similares, por tanto no se trata de una crítica sino de una inquietud. Si caracterizamos la institución concursal como una figura propia del Derecho privado, no debiéramos enfatizar la vertiente penal del procedimiento, sino mantener los gravámenes que soportaba el concursado como una forma de pago ante la insuficiencia de medios para hacer frente a sus deudas. No obstante, la finalidad del concurso ha tenido una fuerte vertiente punitiva en algunos ordenamientos, lo que es una realidad que no podemos obviar.

⁹¹ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra... op. cit.*, pág. 18.

⁹² Esta cuestión, básica en la Filosofía del Derecho, se ha suscitado en otras ocasiones como por ejemplo en los *Juicios de Nüremberg*, que destacan por su relevancia e impacto social.

aquellas disposiciones, bajo la óptica del Derecho visigodo, donde la esclavitud era una institución jurídica plausible y no una aberración contra los Derechos humanos. Probablemente, la insolvencia suponía entonces un ataque tan grande a la convivencia social, que merecía el tratamiento más riguroso posible. En cualquier caso, resulta difícil llevar a cabo dicho ejercicio, siendo más propio de nuestro objeto de estudio la constatación de la servidumbre del insolvente frente a una pluralidad de acreedores en el *Liber Iudiciorum*. Precisamente en este texto legal, la entrega del deudor al poder físico de los acreedores tenía lugar constatada la imposibilidad de pago; esto es, una vez que el criterio *prior in tempore potior in iure* no servía para satisfacer las deudas. En un primer momento los créditos eran satisfechos con normalidad, es decir, conforme se reclamaban. Únicamente variaba esta regla si demandaban varios acreedores a la vez, mutando el criterio que se imponía en la prelación de créditos en favor de la cuantía de la deuda (comenzando por la mayor)⁹³. Ahora bien, cuando no contaba el reclamado con bienes suficientes para hacer frente a todas sus obligaciones entraba en juego la servidumbre⁹⁴ como forma de responsabilizar (y quizá también castigar) al concursado por el daño económico causado a sus acreedores legítimos.

Resulta especialmente llamativo, cómo en el propio *Liber Iudiciorum*, existe una norma que prevé la detención cautelar del deudor cuando éste había emprendido un viaje o fuga, con el objeto de asegurar la satisfacción de sus acreedores⁹⁵. El debate sobre la suspensión o matización de ciertos Derechos fundamentales en el seno de un procedimiento concursal es un problema de total actualidad, que ha tenido lugar en relación a las disposiciones de la Ley Orgánica Concursal (vigente) y el secreto de las comunicaciones. Por tanto, podemos afirmar que ya en la legislación visigoda se contenían algunos elementos accesorios de la normativa concursal que han perdurado

⁹³ URQUIZU MEJÍAS, O., *La quiebra... op. cit.*, pág. 60.

⁹⁴ Denominada esclavitud o incluso prisión por deudas para hacer referencia al carácter gravoso del procedimiento sobre la persona del deudor y su libertad, en lugar de suponer una ejecución de carácter meramente patrimonial.

⁹⁵ *Liber Iudiciorum*, VI, 4, 4: *Si in itinere aliquis iniuriose sine sua voluntate retinuerit, et ei in nullo debitor existat, quinque solidos pro sua iniuria consequatur ille qui retentus est: et si non habuerit unde componat, ille qui eum retinuerat, L. flagella suscipiat. Quod si debitor illi fuerit, et debitum reddere noluerit, sine iniuria hunc territorio iudici praesentet, et ipse illi, quod iustum est, ordinet. Si vero servus hoc sine domini iussione commiserit, C. ictus extensus accipiat flagellorum. Si autem domino iubente hoc fecerit, ad superiorem compositionem dominus teneatur obnoxious.*

hasta nuestros días. El aseguramiento del resultado buscado, esto es, la satisfacción de los acreedores, ha sido desde siempre un argumento muy persuasivo para tomar determinadas medidas contra el deudor concursado, incluso con medidas tan invasivas como las expresadas acerca de la suspensión de ciertos Derechos fundamentales.

Hemos recogido de forma somera las implicaciones para el Derecho de la insolvencia contenidas en el *Liber Iudiciorum*, no por ser el único texto visigodo que trata la cuestión, pero sí por ser el más importante de todos ellos dado su amplio grado de implantación. Existieron durante la época visigoda normas que trataron la insolvencia antes y después del *Liber*. Con anterioridad a éste, se puede citar el Breviario de Alarico II (506 d. C.), que ya regulaba la *cesio bonorum*⁹⁶. Tras el principal texto del Derecho visigodo, hubo otras normas que contenían prescripciones de lo que hoy conocemos como Derecho concursal: el propio Fuero Juzgo⁹⁷ (versión castellana del *Liber*, traducido en el S. XIII) mantenía la citada distinción entre deudor con uno o varios acreedores, ya en un castellano antiguo⁹⁸; posteriormente, la Colección de Leyes de Tudela trata la cuestión innovando en algunas cuestiones y retomando por otro lado reglas anteriores, como la prisión privada para el deudor insolvente⁹⁹. La evolución de la reglamentación de la insolvencia, sigue conllevando en esta época el progresivo mejoramiento de la misma. En este sentido, se acabará imponiendo la concepción de que la norma del *Liber Iudiciorum* que prevé la servidumbre perpetua ante los acreedores insatisfechos es desproporcionada, lo que lleva a la versión castellana, el Fuero Juzgo, a cambiar tal disposición limitando temporalmente la servidumbre al tiempo que corresponda para pagar la deuda¹⁰⁰.

⁹⁶ URQUIZU MEJÍAS, O., *La quiebra... op. cit.*, pág. 57.

⁹⁷ Atribuido a Fernando III, el Santo.

⁹⁸ Fuero Juzgo, V, 6, 5: “Si algún omne es culpado de muchas debdas o de muchas culpas, aquel omne que primeramente ge lo demandare, o mostrare o por iuzzio, o por prueba, o por su confesión, a aquel debe primeramente fazer paga. E si vinieren muchos demandadores de so uno, debe fazer paga a cada uno segund quel debe; e si non, sea siervo de todos, hy el Juez debe saber a quien devie más, o a quien menos; e segund aquello faga pagar a cada uno, e daquello que fincar faga, pagar a los otros cuemo viere. E si non oviere onde pague a los otros debdores, debe ser siervo daquellos por la debda”.

⁹⁹ Vid. ZAMBRANA MORAL, P., *Iniciación Histórica... op. cit.*, págs. 57-58.

¹⁰⁰ Fuero Juzgo, V, 6, 5, con la expresión “debe ser siervo daquellos por la debda”, esto es, por el importe de la deuda y no más allá.

Con posterioridad, podemos citar otros textos que se encargaron de esta cuestión aun cuando la heterogeneidad normativa era grande. En este sentido, los fueros más destacables en los que se tratara la materia concursal fueron¹⁰¹:

– En el Reino de Leon, el Fuero de Zamora, el de Ledesma y el de Alba de Tormes (1140). En todos ellos se prevé la prisión por deudas cuando el concursado no puede hacer frente a sus pagos.

– En Aragón, las Constituciones de las Cortes de Huesca (1188) y previamente el Fuero de Jaca (1064), con un importante carácter mercantil ya que se intentaba dar empuje al comercio usando el influjo de muchos extranjeros con motivo de la peregrinación a Santiago de Compostela. La prisión pública para el insolvente era compensada con la obligación de alimentos a cargo del acreedor.

– En el Reino de Castilla, el Fuero de Guadalajara (1219), de Molina, de Madrid, de Alfambra, de Brihuega, de Uclés y de Soria. Los procedimientos allí consignados acogían prácticas como la constitución de prendas, presentación de fiador¹⁰², embargo de bienes muebles por un valor superior al doble de la deuda; y en defecto de ellas, la entrega al acreedor o la prisión dejando morir al deudor negándole comida y bebida.

El llamado Derecho territorial de Castilla, que surge por extensión de distintas colecciones a resultas de actividades privadas, también cuenta con normas de esta naturaleza. En este sentido destacan tanto el Libro de Fueros de Castilla¹⁰³, que prevé la prisión en última instancia para el deudor que no dispone de medios para satisfacer a sus acreedores, como el Fuero Viejo de Castilla, que se expresa en similares términos.

La prisión por deudas, a pesar de haberse superado ya en el Derecho romano, fue medio utilizado por muchos textos legales para contrarrestar el problema de la insolvencia. No obstante, sus fundamentos comenzaron a resquebrajarse al constatarse

¹⁰¹ ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia... op. cit.*, págs. 237 y ss.

¹⁰² La presentación de un fiador también la podemos observar en Fueros como el de Miranda de Ebro o el de Logroño (solo para vecinos de la propia Villa), *vid.* ZAMBRANA MORAL, P., *Iniciación Histórica... op. cit.*, págs. 59-60.

¹⁰³ La dureza del Libro de Fueros de Castilla con el deudor queda fuera de toda duda, dadas las formas de coerción allí recogidas, tales como el cepo o hierros en los pies y garganta. *Vid.* ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra... op. cit.*, pág. 8.

ciertos hechos que colaboraron al declive de la prisión por deudas durante los siglos XIII y XIV. En este sentido, podemos destacar una Ley de Pedro I de Castilla, del año 1360, que trataba de eliminar esta respuesta del ordenamiento ante la falta de medios para hacer frente a las deudas dentro del Arzobispado de Sevilla. Se ha dicho que esta medida tendría su razón de ser más que en la defensa del deudor insolvente, en el problema demográfico surgido tras las guerras en Castilla y la peste de 1348¹⁰⁴. Del mismo modo existieron ciertos privilegios, cada vez más generalizados, que fueron vaciando el espectro de personas que podían ser apresados, esto es, responsables personalmente de sus deudas. Fueron distintas normas las que recogieron estas excepciones, cada vez más amplias en los territorios de Castilla (el citado Fuero Viejo; las Cortes de Alcalá de Henares de 1348) y Aragón (Cortes de Barcelona de 1283)¹⁰⁵. Con el tiempo, fueron afianzándose en las diferentes colecciones legislativas todos estos privilegios, lo que iba a suponer un déficit de legitimidad y una pérdida progresiva de sentido de la prisión por deudas como mecanismo frente a la insolvencia.

Sea como fuere, la vinculación de la persona del deudor concursado y su libertad al cumplimiento de sus obligaciones pecuniarias tenía una finalidad principal: la satisfacción de los acreedores. Así, podemos aportar que el intento de poner al concursado al límite de sus capacidades mentales y fisiológicas era un arma potente en el fomento de la auto-búsqueda de financiación por parte de aquél, aunque también se promocionaba la financiación por parte de terceros. Podemos observar la importancia de este objetivo en Fueros como el de Béjar¹⁰⁶, que para asegurar su cumplimiento prevé la extensión de responsabilidad a la mujer del deudor, sus hijos o los poseedores de sus bienes, alternativamente, en determinadas condiciones¹⁰⁷.

De manera interrelacionada con el objetivo principal de la satisfacción de los acreedores, se pueden identificar en esta época otros objetivos accesorios de la prisión

¹⁰⁴ TOMÁS Y VALIENTE, F., “La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 30, Madrid, Ministerio de Justicia, 1960, págs. 382 y 383.

¹⁰⁵ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra... op. cit.*, págs. 8 y ss.

¹⁰⁶ Cuya fecha es dudosa, no obstante podríamos situarlo a finales del siglo XIII o principios del XIV (probablemente entre 1290 y 1293). *Vid.* GUTIÉRREZ CUADRADO, J., *Fuero de Béjar*, Universidad de Salamanca, 1974, págs. 20 y ss.

¹⁰⁷ Ante la ausencia del deudor. En este sentido, ZAMBRANA MORAL, P., *Iniciación Histórica... op. cit.*, págs. 65-66.

por deudas en los diversos fueros, en materia de insolvencia. Así, destaca ALEJANDRE GARCÍA la función penal del concurso, y también el aseguramiento de la comparecencia del deudor en juicio¹⁰⁸. Habría que entenderlos como objetivos propios de la medida de encarcelamiento por deudas del concursado, que pueden hacer permanecer al deudor en prisión incluso después de verificarse algún tipo de cumplimiento como la cesión de bienes. No obstante, el castigo o el aseguramiento de su comparecencia no tendrían sentido, ni podrían haber pervivido entonces autónomamente como motor de un reproche tan riguroso para el deudor, sin la existencia del verdadero objeto de la medida: la satisfacción de los acreedores. Es por ello que se trata de objetivos diferentes pero relacionados, y en ningún caso superpuestos al principal.

Si mantenemos la línea temporal que hemos esquivado ligeramente con la referencia al objetivo de estas medidas, podemos seguir citando textos de nuestra historiografía jurídica con relevancia para el tratamiento del deudor insolvente. El Fuero Real, obra de Alfonso X, tratando de dotar a Castilla y Extremadura de un elemento de cohesión normativa al estilo del *Liber Iudiciorum*, fue recibido como Fuero municipal por distintas ciudades a mediados del S. XIII¹⁰⁹. En él se contienen normas en relación a una pluralidad de acreedores como: la prelación de créditos basada en la prevalencia de la deuda constituida con anterioridad; la posibilidad para un acreedor de tomar el lugar de otro con preferencia tras el pago a éste, haciéndose con la posesión de los bienes en tanto no sea satisfecho su crédito; o el apoderamiento del propio deudor para que pague la deuda con su “mano de obra”¹¹⁰.

Pero, si hay que destacar un texto sobre todos los demás durante este dilatadísimo periodo de la historia, sin duda sería el Código de las Partidas (las Siete

¹⁰⁸ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra... op. cit.*, pág. 17.

¹⁰⁹ Por ejemplo: Aguilar del Campoo y Sahún (1255); Burgos y Soria (1256); Talavera (1257); Madrid (1262); Valladolid (1265). *Vid.* ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia... op. cit.*, págs. 269 y 270.

¹¹⁰ Fuero Real, III, 20, 17: “Sy alguno fuere debdor a muchos, primeramente debe pagar a aquel con qui fizo el primer debdo, e desí a los otros segund que cada uno fue primero en los debdos: et si el postremero dellos o alguno de los que quisiere pagar al primero, sea apoderado de los bienes del debdor fasta que sea entregado del su debdo e de lo que pagó al primero, e si los bienes non cumplieren, sea apoderado del cuerpo del debdor así como manda la ley”.

Partidas de Alfonso X). Se encuentran en esta norma multitud de instituciones propias del Derecho concursal contemporáneo, adaptadas a las necesidades, al contexto y a la concepción de la época: el Reino de Castilla de mediados del S. XIII¹¹¹. Se trata de un texto legal cuya importancia está fuera de toda duda tanto por su carácter unificador en Castilla, como por su relevancia en América donde se mantuvo vigente hasta la codificación¹¹². Es un conjunto de normas de absoluta referencia en la Historia del Derecho, que tuvo un importante eco en materia concursal, al tratar figuras que finalmente han pervivido en nuestras más modernas leyes sobre la insolvencia, a saber: la cesión de bienes (“desamparo de bienes”), el convenio¹¹³, la retroacción¹¹⁴, la formación de la mayoría y de la masa, el convenio de espera¹¹⁵, la reducción de deuda (quita)¹¹⁶, etc.

Casi sobra decir que las Partidas cuentan con un rigor técnico, madurez y perfección difícilmente superables, características que han sido apreciadas por la mejor doctrina cuando se ha analizado su papel en la construcción del Derecho sobre la insolvencia¹¹⁷. Para OLIVENCIA, el concurso del Código de las partidas cuenta ya con varias de sus ideas principales: pluralidad, comunidad, consorcio y la regla de la mayoría del pasivo. Señala que estas normas cumplen una condición propia de la

¹¹¹ Aunque se dude si la vigencia de las Partidas no se pospuso hasta el reinado de Alfonso XI, que en el siglo XIV “promulgó” el código atribuido a su padre a través del sistema de fuentes previsto en el Ordenamiento de Alcalá (1348).

¹¹² Incluso más allá, al pasar disposiciones y normas de las Partidas a la redacción de algunos códigos americanos.

¹¹³ Partidas, V, XV, V: “Debdor seyendo vn ome de muchos , si ante que desamparasse sus bienes, los juntasse en vno, e les pidiesse, que le diessen vn plazo señalado a que les pagasse; si todos non se acordassen en vno a otorgarselo, aquel plazo deve auer, que otorgare la mayor parte dellos, maguer los otros non gelo quisiessen otorgar”.

¹¹⁴ Partidas, V, XV, VII: “Come si el debdor enagena sus bienes, a daño de aquellos a quien deuiesse algo, que se puede reuocar tal enayenamiento”.

¹¹⁵ Partidas, V, XV, V: “Como quando alguno es debdor de muchos, e les ruega que le esperen por el debdo, e los unos lo otorgan, e los otros non; qual razón deue ser cabida”.

¹¹⁶ Partidas, V, XV, VI: “Como quando alguno es debdor de muchos, e les ruega que le esquilen algo, e los unos lo otorgan , e los otros non; qual razon deue ser cabida”.

¹¹⁷ Vid. AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza, un precursor de la moderna doctrina del Derecho concursal”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (coordinado por IGLESIAS PRADA, J. L.), Tomo III, Madrid, Civitas, pág. 3469; OLIVENCIA, M., *La terminología... op. cit.*, págs. 41 y ss.

evolución normativa, como es la generalización y abstracción que va reemplazando al tratamiento casuístico de la cuestión¹¹⁸. El Profesor GARRIGUES¹¹⁹ explica que la regulación concursal contenida en las partidas trae causa en algunos puntos de la legislación visigoda, con un aumento de la presencia judicial, lo que se separa de una concepción puramente romanista (*se advierte el influjo simultáneo del sistema romano y medieval*). Con esta idea podríamos retomar un viejo debate sobre la influencias del Derecho concursal español en su modelo medieval, pero aquí no debemos sino enunciarlo someramente para no exceder nuestras pretensiones.

Como parte de este proceso de evolución del Derecho concursal español, va a acontecer otro importantísimo hito en la historia de la institución, la aparición de la quiebra, esto es, del tratamiento concursal específico para el deudor comerciante. Esta transformación acontece con ocasión de fueros y otras normas similares, que contribuyeron de forma significativa al desarrollo de la disciplina en el siglo XIV. En concreto, encontramos en el Derecho catalán reglas sobre la insolvencia del comerciante¹²⁰, que sitúan un procedimiento concursal como una respuesta del ordenamiento ante el “cambiador quebrado”. Nótese la importancia del término quiebra, que aparece íntima e indisolublemente unido a la noción de comerciante. Así, las Cortes de Barcelona del año 1299, determinaron que estos cambiadores quebrados (“Abatuts”) no volvieran a tener tabla de cambio ni empleo, considerándoles infames en la ciudad de referencia, en una suerte de inhabilitación para el ejercicio del comercio. El castigo se agravaba hasta el punto de ser detenido y alimentado únicamente con pan y agua hasta satisfacer sus créditos pendientes¹²¹.

El análisis de este Derecho determina una concepción de gran pertinencia al hilo de nuestro estudio, como es la de tratar de forma especial la figura del operador económico en el mercado con una situación patrimonial de insuficiencia de medios para

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ GARRIGUES, J., *Curso... op. cit.*, (2ª ed.), pág. 407.

¹²⁰ La aparición de la quiebra en España con en este contexto se ha admitido, entre otros, por: BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, págs. 90-92.

¹²¹ RAMÍREZ, J. A., *Derecho concursal español: La Quiebra*, Barcelona, Bosch, 1959, págs. 150 y ss.

hacer frente a sus deudas. Es el caso del Derecho catalán en el siglo XIV, que además de las citadas Cortes de Barcelona, cuenta con las Cortes de Gerona de 1321, que también prevé la nota de infamia, pregonada en relación al quebrado. Pero este instrumento normativo va incluso más allá, y establece la pena de muerte ante el impago de las deudas¹²²; dejando patente un rigor inusitado con el comerciante fallido. Este rigor quedaría matizado posteriormente, cuando las Cortes de Barcelona de 1493 establecieron un sistema más duro para los comerciantes que se ocultaban tras la insolvencia, que para los que simplemente quebraban¹²³, introduciéndose en este caso el elemento de la buena fe post-quebra como atenuante del procedimiento que habría de soportar el deudor.

Lo cierto es, que la aparición de la quiebra en el Derecho concursal español a través del Derecho catalán, no queda exenta de discusión en cuanto a la determinación de las fuentes de las que bebe. A este respecto trae AÑOVEROS TRIAS DE BES las opiniones de APODACA Y OSUNA¹²⁴, que señaló cómo el influjo del Derecho visigodo supuso una fuerte corriente para las normas sobre insolvencia, al contrario de lo que ocurrió en el Derecho estatutario italiano, donde la tendencia romana dominaba absolutamente la dirección de la institución. Mientras que en España el sistema es más liberal, benigno y menos duro, en Italia se consolida el sistema privatista, de fuerte influencia romana, más riguroso y severo que nuestro modelo publicista. El citado autor señala que ésta es la disyuntiva que se plantea entre los dos países que dominan las relaciones comerciales en el Mediterráneo, tomándose como referencia para otros Estados que se decantan por uno u otro sistema¹²⁵.

No obstante, cuando en el Derecho catalán aparece por primera vez la quiebra, la lógica de ésta agrava los efectos del procedimiento concursal en el deudor, sobre la base de su condición de comerciante; y no se trata de una norma aislada. La concepción del deudor mercantil como un defraudador implica un tratamiento durísimo, lo que

¹²² MADURELL I MARIMON, J. M., “Quiebras en la vida mercantil catalana”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXIX, 1969, pág. 578.

¹²³ ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia... op. cit.*, pág. 308.

¹²⁴ AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza...” *op. cit.*, pág. 3466.

¹²⁵ Francia e Italia mantienen el modelo privatista, mientras que la intervención del Estado es más propia de España y los países germánicos.

necesariamente imprime en la quiebra un tinte penal, que se aleja en principio del ámbito económico en el transcurre el hecho ilícito. Podemos encontrar en los últimos siglos del periodo medieval, siempre dentro de la cierta clemencia de nuestra tradición jurídica, normas que siguen esa estela de rigor y dureza contra el comerciante quebrado, mientras que en otras, las prescripciones tienden a dar reducir su nivel de gravedad¹²⁶. En este punto, las cuestiones que debemos apuntar son: ¿De dónde viene ese rigor en la quiebra mercantil? ¿Por qué ese sistema agravado para el comerciante? Dejando un lado las posibles explicaciones más finalistas, podemos encontrar en la evolución de la normativa los motivos que llevaron a legislador a obrar en este sentido. En concreto, la irradiación del Derecho estatutario italiano, con su idea de castigar al *fallito*¹²⁷ como sujeto activo de una defraudación y en pro del tráfico mercantil, es un dato fundamental para comprender tales preguntas.

En Italia, la recepción del Derecho romano se da de manera más directa, lo que implica que ya desde los primeros estatutos de las ciudades italianas se contemplan instituciones concursales¹²⁸. No obstante, las necesidades del comercio, una vez más motor de la disciplina concursal, derivan en un procedimiento específico que está dedicado de manera clara al comerciante y a la protección del crédito comercial¹²⁹. Podría acaso haber sido esta influencia italiana, la causante de la creación de un modelo de quiebras en el Derecho catalán, siendo el catalizador de esta situación los intercambios comerciales entre Italia y los cambiadores catalanes. Utilizamos todas las cautelas para tratar la cuestión, que no es clara, manteniendo una línea de prudencia perfectamente dibujada por ALEJANDRE GARCÍA¹³⁰. Al hilo de sus tesis, podemos

¹²⁶ En este sentido, leyes como las de Cortes de Barcelona (1299), de Gerona (1321) o la Pragmática de los Reyes Católicos (1502) tienen un régimen más duro, mientras que las Costumbres de Tortosa o las Leyes de Monzón (1585) son menos rigurosas con el deudor. Para conocer esta cuestión con profundidad y sobre cómo las instituciones de nuestro Derecho concursal matizan los efectos sobre el deudor, *vid.*, AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza...” *op. cit.*, págs. 3470-3472.

¹²⁷ *Fallito* es una voz que se ha mantenido con el tiempo en el sistema concursal italiano (*Fallimento*), y que viene del verbo latino *fallere*, que significa “engañar”, “ocultarse”. *Vid.*, ROJO A. y BELTRÁN, E., “Regulación jurídica de la insolvencia: la legislación concursal”, *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirigido por MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen II, Pamplona, Aranzadi, 2014, pág. 496.

¹²⁸ Como por ejemplo, la cesión de bienes. A este respecto se pueden citar los *Statuti dei Cambiatori Bolognesi* de 1245.

¹²⁹ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Las técnicas para limitar...” *op. cit.*, pág. 323.

¹³⁰ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra...* *op. cit.*, págs. 63 y ss.

extraer motivos suficientes como la similitud en el tenor literal de los textos¹³¹, las sanciones aplicadas, el propio intercambio comercial y la influencia de los estudiantes españoles que marcharon a estudiar a universidades italianas¹³².

Sin embargo, también existieron motivos suficientes para que la quiebra surgiera de forma autónoma en el Derecho catalán, principalmente el desarrollo del comercio, que fue también la razón de ser de la quiebra en el Derecho estatutario italiano. A favor de esta interpretación podríamos esgrimir lo tardío de la quiebra en el ordenamiento de “la otra España”, la de Castilla¹³³, que no supo de esta figura hasta al menos el siglo XVI, cuando el comercio despegó en esta zona¹³⁴. Dando por cierta esta idea, se trataría de una institución nacida a partir del propio Derecho romano, sin influencias mediatas, como la del Derecho estatutario italiano¹³⁵. Ahora bien, los razonamientos en uno y otro sentido pensamos pueden ser correctos, configurándose así la quiebra como un instituto concursal potenciado en su momento por el auge del comercio e inspirado en las reglas que en este sentido otros ordenamientos ya habían implementado, en concreto el Derecho italiano medieval a través de los estatutos de ciudades eminentemente comerciales. Se trataría así de una figura con caracteres extraños y propios, y como prueba de ello encontramos la evolución diversa que tendrá ésta en momentos posteriores con ocasión de otros criterios como el alzamiento, la buena fe, etc.

¹³¹ Especialmente de la Ley de Cortes de Barcelona con estatutos florentinos como el *Statuti dell'Arte del Cambio di Firenze* (1299).

¹³² De todas ellas, la primera fue la Universidad de Bolonia (*Alma Mater studiorum*), que data del año 1088. En esta migración de carácter académico, tiene especial relevancia la existencia desde 1364 del Real Colegio de España en Bolonia (o de San Clemente de los Españoles), que lleva seis siglos albergando estudiantes españoles –ahora de doctorado– que más tarde volverían a nuestro país. Es muy notoria la introducción por parte de estos colegiales, de códigos que adquirirían durante su estancia en Bolonia, para más tarde llevarlos a España. Resultaban costosísimos, pero era una de las pocas formas, y desde luego la mejor, de acceder al conocimiento jurídico durante varios siglos.

¹³³ Sobre el desarrollo de los distintos instrumentos de Derecho concursal en Castilla, y la similitud entre los procedimientos civiles y comerciales durante esta etapa (e incluso con posterioridad, hasta las Ordenanzas de Bilbao de 1737, que veremos más adelante), *vid.*, PORRAS ARBOLEDAS, P. A., “Procesos ejecutivos en la España castellana durante la Edad Moderna”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, n° 20, 2013, págs. 235-273.

¹³⁴ BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis... op. cit.*, pág. 91.

¹³⁵ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra... op. cit.*, pág. 66.

También en ámbitos más sectoriales, se crearon reglas específicas en relación a la insolvencia, que fueron incorporadas a los principales textos. El Libro del Consulado del Mar, en el contexto de la navegación marítima, determina unas reglas especiales de ejecución del patrimonio del deudor, así como otras reglas propias del mar. En este sentido, podemos encontrar incluso un pretendido principio de continuidad de la actividad económica al prohibirse a los acreedores impedir el viaje del patrón (deudor) en el mismo momento de la partida, siempre que no hubieran reclamado a éste con anterioridad, perdiendo la oportunidad de ejecutar sus bienes hasta el regreso de aquél. En definitiva, es un texto que traslada reglas comunes como la cesión de bienes o la prisión del deudor, además de recoger usos y normas propias del ámbito marítimo.

3. Principales hitos de los siglos XVI y XVII: Salgado de Somoza

En el S. XVI, en Castilla se promulgarán diversas leyes y normas en relación a la insolvencia del deudor comerciante, cesión de bienes y otros institutos concursales. Realmente, podemos plantear el inicio de esta actividad normativa con una pragmática de Enrique IV del año 1458. Desde este momento y durante el periodo descrito, los monarcas van a tratar de completar el sistema concursal con todo un acervo normativo sobre la cuestión, que será recogido en la *Nueva Recopilación* (1567) y posteriormente en la *Novísima Recopilación* (1805)¹³⁶.

La *Nueva Recopilación* disponía un plazo de 9 días en el que el acreedor retenía al deudor para forzarlo al pago. Pasado este plazo sin haber sido satisfecho el crédito, el acreedor podía servirse del trabajo del insolvente y los frutos que éste generara, para hacer efectivo el pago de la deuda¹³⁷. Además, en el caso del deudor que practicaba la cesión de bienes, el mismo texto legal y recogiendo una norma contenida en la pragmática de Enrique IV de 1458, señala que el deudor cedente quedaba 9 días en

¹³⁶ Entre ellas destacamos la actividad legislativa de los Reyes Católicos (Leyes de 1480, 1490, 1501 y 1502), el Emperador Carlos (1528, 1533 y 1548), Felipe II (1570, 1573, 1590), etc. Para conocer más profundamente el contenido de éstas y otras disposiciones compiladas, *vid*, TOMÁS Y VALIENTE, F., “La prisión por deudas”... *op. cit.*, págs. 386 y ss; OLIVENCIA, M., *La terminología...* *op. cit.*, págs. 46 y ss; ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia...* *op. cit.*, págs. 286 y ss; ZAMBRANA MORAL, P., *Iniciación Histórica...* *op. cit.*, págs. 106 y ss.

¹³⁷ NR V, 16, 4: “Que el prefo por deuda fea mantenido por ciertos días, y fino tuuiere bienes ni fiador, fea entregado al acreedor”.

prisión mientras se daba publicidad a la situación, para después ser entregado al primer acreedor y servirle el tiempo que estimara el Juez (en función de la deuda), repitiéndose la operación con cada uno de los acreedores¹³⁸. No obstante, la cesión torna en obligatoria desde 1501 –cuando los Reyes Católicos así lo establecen¹³⁹– para aquellos que preferían mantenerse en prisión a estar bajo servidumbre de su acreedor¹⁴⁰. Se trata de una política de cierta continuidad en el reinado de Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, de rigor con el cedente de bienes, ya que en 1490 habían dictado una norma por la que aquellos que “renunciaban a la cadena”, esto es, que optaban por la cesión de bienes en lugar de la prisión, debían llevar una argolla al cuello hasta liquidarse sus bienes o prestar fianza suficiente¹⁴¹, para distinguirse del resto de personas¹⁴², ser sometidos al escarnio público que ello conllevaba y evitar el fraude de quienes simulaban entregarse a la servidumbre de un acreedor¹⁴³.

En cuanto a la relación entre la *Nueva Recopilación* y la *Novísima Recopilación*, señala OLIVENCIA¹⁴⁴ que lo más significativo en cuanto a la evolución normativa, – entendemos que por encima de la diversidad de contenido, que no fue tan acusada dado que muchas normas pasaron a las dos compilaciones–, es la estructura de las reglas allí consignadas. En el primero de los textos la rúbrica correspondiente a nuestra materia era: “De los cambios, i mercaderes, que se alzan”; mientras que en el segundo es: “De los juicios de acreedores; alzamientos, quiebras, y cesión de bienes de los deudores”. Así las cosas, determina el citado autor que el subjetivismo y el casuismo propio de sistemas poco avanzados va sustituyéndose por la conceptualización y generalidad.

No obstante, desde la *Nueva Recopilación*, asistimos ya a una división clara entre la insolvencia civil y la quiebra en cuanto a su conceptualización y castigo. Sobre este instrumento normativo, *comienza la doctrina a usar una terminología que comprenda y*

¹³⁸ NR V, 16, 5: “La forma que fe deue tener, en los que hazen cefion de fus bienes”.

¹³⁹ En una pragmática dada en la ciudad de Granada.

¹⁴⁰ NR V, 16, 7: “Lo que fe ha de hazer quando el deudor efiuuiere prefo, y no quiere pagar ni renuciar la cadena”.

¹⁴¹ NR, V, 16, 6: “Para que los que hizieren cefion de bienes o renunciaren la cadena, traygan un argolla de hierro al pefcueço”.

¹⁴² ZAMBRANA MORAL, P., *Iniciación Histórica... op. cit.*, pág. 107.

¹⁴³ TOMÁS Y VALIENTE, F., “La prisión por deudas”... *op. cit.*, págs. 387 y 388.

¹⁴⁴ OLIVENCIA, M., *La terminología... op. cit.*, pág. 48

clasifique diversos supuestos. Así, se emplea el término *falido* para comprender los tres “géneros” de *alzados, quebrados sin culpa y quebrados fraudulentos o culpados*¹⁴⁵. En este sentido, destaca la figura de DE HEVIA BOLAÑOS, con su *Curia Philipica* (1ª edición en 1603) y su *Laberinto* (1617) que se editaron juntamente a partir de 1644. Este autor determina que hay tres géneros de fallidos: *el primero, quebrados, que quiebran sin culpa suya. El segundo, alzados, que alzan, ú ocultan los bienes, ó libros. El tercero, fraudulentos, ó culpados, que faltan por fraude, dolo ó culpa suya, según una ley*¹⁴⁶.

Esta creciente preocupación no alcanzó únicamente a la doctrina mercantilista. Es interesante destacar la importancia que tuvo la cuestión de la satisfacción de los acreedores para la sociedad en general, lo que se manifestó en los más diversos ámbitos de conocimiento, incluso en el Derecho canónico. A este respecto, hay que señalar que el Papa Pío V en la constitución *Postquam eosque* (1570¹⁴⁷), distingue determinados comportamientos merecedores de la pena capital. Entre ellos se castiga: *a los ladrones, a los que cometen actos de prodigalidad, dilapidan bienes y a los que, de forma dolosa, y en fraude de sus acreedores, quiebran*¹⁴⁸. En materia de satisfacción de los acreedores, Pío V expresaba que aunque el encarcelamiento del deudor insolvente puede no reportar ninguna utilidad, sí que tiene sentido en los casos en que el deudor está simulando dicha situación patrimonial ya que el engaño suele ceder ante el temor a la prisión¹⁴⁹. De nuevo estamos ante la concepción de la prisión por deudas como una forma de poner al límite al deudor, para obtener bajo la coacción más rigurosa que los titulares de los créditos reciban las cantidades que les corresponden. Aunque las ideas de Pío V con respecto a los quebrados fueron puestas en duda posteriormente en razón de otras disposiciones papales¹⁵⁰, éste dejó claro que el quebrado no podía disponer de asilo

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ DE HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Philipica*, Madrid, 1797, pág. 406. Manejamos esta edición de finales del siglo XVIII.

¹⁴⁷ 1 de noviembre de 1570.

¹⁴⁸ MONTANOS FERRÍN, E., “Quebrados *ex vitio* e inmunidad eclesiástica”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 11, 2007, pág. 563.

¹⁴⁹ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra... op. cit.*, pág. 16, nota 41.

¹⁵⁰ En concreto, la constitución *Cum alias* del Papa Gregorio XIV (24 de mayo de 1591), que enumera un elenco de delinquentes a los que se niega el amparo eclesiástico, sin que entre ellos se hable del quebrado expresamente.

eclesiástico. Sobre la constitución de Pío V, manifiesta MONTANOS FERRÍN: *Determina finalmente la Postquam eosque que, si bien todas las personas, de cualquier condición y dignidad, pueden gozar del foro eclesiástico, no se pueden beneficiar de éste los dilapidadores, ni los que satisfacen su voluntad con actos de prodigalidad y tampoco aquellos que “in fraudem creditorum suorum occultant” y utilizan el dinero de estos en su propia utilidad. La expresión que Pío V utiliza no deja lugar a dudas: los decocti fraudulentum no gozan del derecho de asilo eclesiástico. Y añade además que éstos deben de ser sometidos a los más graves castigos, similares a los que se imponen a los mismos fures, tanto estén contemplados de iure como por costumbre, o en el contenido de los estatutos municipales*¹⁵¹.

La doctrina concursalista se construye sobre estas bases, creciendo el número de autores preocupados por la cuestión. Así, junto a DE HEVIA BOLAÑOS, nos parece justo citar a Amador RODRÍGUEZ, cuya obra de 1616 fue la primera en incluir la voz “concurso”¹⁵². Su caracterización de la institución se centra en un conflicto entre acreedores, tratando de ordenar el lugar que cada uno tiene a la hora del cobro de los créditos. Ello le ha reportado una cierta crítica, en el sentido de no ocuparse de otras figuras del concurso distintas de los juicios de ejecución singular o universal, siendo la realidad concursal más amplia. No siempre se expresa su vertiente liquidatoria sino que también existe un espacio para el pacto y la negociación, en base a los posibles acuerdos con los acreedores¹⁵³. Además, el tratado no distingue entre el deudor civil y el deudor comercial.

La evolución de la disciplina concursal alcanza al plano doctrinal por tanto, que va adaptando sus postulados al desarrollo del comercio y sus formas. En este contexto, llegamos a la figura probablemente más influyente en la historia del Derecho concursal español y con más proyección en todo el mundo: Francisco SALGADO DE SOMOZA. Su obra principal, sin duda beberá de los autores citados: DE HEVIA BOLAÑOS, quien por primera vez utiliza el vocablo “laberinto” referido al sistema concursal; y Amador

¹⁵¹ MONTANOS FERRÍN, E., “Quebrados ex vitio...” *op. cit.*, págs. 563-564.

¹⁵² El nombre completo es: *Tractatus de concursu et privilegiis creditorum in bonis debitoris, & de prelationibus eorum, atque de ordine & gradu, quo solutio fieri debet, cum debitor solvendo non est, & bona eius publicè venduntur.*

¹⁵³ OLIVENCIA, M., *La terminología...* *op. cit.*, pág. 55.

RODRÍGUEZ, a quien hemos atribuido también el primer uso del término “concurso” además de tratar indistintamente al deudor civil y al deudor comercial. Se trata de ideas que SALGADO DE SOMOZA incorporará a su *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*.

Francisco SALGADO DE SOMOZA, coruñés de nacimiento, se convertirá en uno de los juristas españoles de más importantes gracias a sus estudios sobre Derecho concursal. Numerosas obras glosan sus virtudes como autor de referencia, como señala con gran prolijidad OLIVENCIA¹⁵⁴, tanto en nuestro país como en el extranjero (especialmente en la doctrina alemana). La notoriedad de SALGADO DE SOMOZA alcanzó cotas muy altas, consideración que se demuestra según este mismo autor con su inscripción en 1857 en la tercera lápida de la Real Academia (Matritense) de Jurisprudencia y Legislación como uno de los cuarenta jurisconsultos más prestigiosos de nuestra historia. No cabe duda de que la disciplina concursal quedó en España determinada por una figura de semejantes dimensiones, inspirando o al menos influyendo en los trabajos posteriores en relación a esta materia¹⁵⁵.

Fuera de nuestras fronteras, algunos autores vienen reconociendo a SALGADO DE SOMOZA el mérito de escribir el primer libro doctrinal sistemático sobre Derecho concursal, y también el de influir fuertemente en otros ordenamientos como el alemán. Entre ellos destaca BONELLI¹⁵⁶; si bien otros autores italianos también de principios del siglo XX, no tuvieron el mismo concepto sobre el jurista gallego. En ese sentido,

¹⁵⁴ OLIVENCIA, M., *La terminología... op. cit.*, pág. 58, nota 37.

¹⁵⁵ Por ejemplo, la obra de SALGADO DE SOMOZA, junto con la tradición contenida en las Partidas y la Nueva recopilación, son los elementos que utilizan ASSO y DE MANUEL para explicar el concurso de acreedores en sus *Instituciones de Derecho civil de Castilla* (1771), que fue el primer manual de Derecho utilizado en las Universidades españolas, de acuerdo con el plan de estudios elaborado por el Marqués de Caballero en 1802. Vid. DÍAZ GONZÁLEZ, F. J., “La exposición del concurso de acreedores en las Instituciones de Derecho real de Castilla”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, nº3, 2010, págs. 165-185.

¹⁵⁶ BONELLI, G., *Del Fallimento (Commento al Codice di Commercio)*, Milano, Francesco Vallardi, 1938, pág. XVI: *Il primo libro dottrinale sistematico sul diritto concorsuale fu opera d'uno spagnolo, SALGADO DE SOMOZA, che sul principio del sec. XVII scrisse il Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam; opera che esercitò grandissima influenza anche fuori di Spagna, specialmente poi in Germania.*

ROCCO¹⁵⁷ recoge la idea de la doctrina alemana (KOHLEK) que reconoce la influencia de la doctrina concursal español y en concreto el *Labyrinthus* como una obra de referencia en el mundo, que inspiró profundamente los principios concursales del Derecho italiano, para desecharla con brusquedad. El autor niega esta irradiación proveniente de España, para calificar la obra de SALGADO DE SOMOZA como pedante y pesada, entendiendo que adolece de la originalidad que otros le confieren al haber bebido en su exposición claramente de las instituciones concursales del Derecho italiano. En su opinión el texto solo se distingue del Derecho estatutario italiano en una notable complicación sin sentido, a diferencia de aquél, cuyo tratamiento de la insolvencia es más simple y espontáneo. Encontramos en otros autores italianos una posición intermedia, como la mantenida por ROSSI¹⁵⁸, que si bien se hace eco de la obra de SALGADO DE SOMOZA como uno de los primeros tratados sistemáticos de la quiebra, no valora la originalidad del texto, aduciendo que es una readaptación de normas contenidas en la legislación estatutaria italiana. En definitiva, la doctrina italiana en el siglo XX realiza un ejercicio de patriotismo jurídico para mantener la idea de que

¹⁵⁷ ROCCO, A., *Il Fallimento: teoría generale ed origine storica*, Torino, Fratelli Bocca, 1917, págs 217-218: *L'opinione del KOHLER, infatti, che i principi del fallimento italiano siano stati profondamente modificati per opera della dottrina spagnuola e precisamente di SALGADO DE SOMOZA, giurista spagnuolo del secolo XVII, è, a mio avviso, infondata (...) La sola differenza notevole tra l'esposizione del giurista spagnuolo e le norme dei nostri statuti sta nella maggior complicazione, pesantezza e pedanteria di quello, che scrivera sotto l'influsso di una pratica più pedantesca e assai meno agile ed aderente ai fatti. Differenza, questa, troppo esteriore e troppo poco significativa, per attribuire all'opera spagnuola pregio di originalità in confronto di quella limpida, semplice e spontanea delle consuetudini e degli statuti italiani.*

¹⁵⁸ ROSSI, G., *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, Antonio Milani, 1956, págs. 9-10: *La Spagna aveva in SALGADO DE SOMOZA, col suo Labyrinthus creditorum, uno dei primi trattatisti sistemati del diritto fallimentare.*

A detta del KOHLER l'opera di salgado ebbe una grandissima influenza soprattutto sul diritto germanico, introducendovi in sovrapposizione ai principi mutuati dagli statuti italiani, un sistema autoritario ed illiberale. Contro l'opinione, che vuole ritenere il sistema spagnolo illiberale ed autoritario, si sono però di recente levati due giuristi spagnoli rivendicando l'originalità e la liberalità del diritto fallimentare spagnolo, prima e dopo l'opera di SALGADO.

E se si tien conto del carattere ufficioso e pubblicistico che l'istituto già aveva negli statuti italiani, e la liberalità di alcune legislazioni statutarie italiane, come quella di Venezia, non è difficile concludere che i principi a cui si ispirava il diritto spagnolo non erano antitetici a quelli dei nostri statuti, ma in sostanza costituivano che una rielaborata assimilazione. Resta comunque certo che l'influenza del diritto spagnolo su quello tedesco, è pur sempre il fallimento quale fu creato dagli statuti italiani che si espande nel continente, dove viene assorbito attraverso le frequenti fiere e i diversi mercati. Se refiere a los autores españoles ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES y DE BENITO.

el Derecho estatutario italiano fue el ordenamiento informador de la disciplina concursal en el resto del continente.

En la doctrina alemana, KOHLER valora como ya se ha expresado, la calidad, claridad y fuerte proyección del *Labyrinthus* en otros países, entre ellos Italia y Alemania. No obstante, recogiendo la revisión de AÑOVEROS TRIAS DE BES¹⁵⁹, el autor alemán realiza una crítica a la institución caracterizada por SALGADO DE SOMOZA, planteando dudas sobre la manera en que el jurista gallego conjuga los derechos privados de los acreedores con la dimensión pública de la institución concursal, que se justifica en razón de la naturaleza social del Derecho.

Por tanto, la obra no está exenta de alabanzas, ni tampoco de críticas, esto es, no deja a nadie indiferente, tampoco a nosotros que entendemos debe ser estudiada.

Sobre los orígenes de la obra existen ya clásicas discrepancias. De nuevo, debemos coincidir con el Profesor OLIVENCIA, que aporta razón y argumentos suficientes como para creer que la primera edición de *Labyrinthus concurrentium creditorum* tuvo lugar en 1651, en la ciudad de Lyon (Francia). La fecha de 1646, que atribuye, entre otros, la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no es correcta en tanto que el hecho que aconteció aquel año es la aprobación del Doctor Pedro Gálvez, el 6 de septiembre en Valladolid. En ella se concede «*licencia a qualquier Impressor de libros deste Obispado para que guardando las leyes y pramaticas del Reyno pueda imprimir un libro intitulado, Labyrinthus creditorum concurrentium, que en dos tomos a escrito el Señor Doctor don Francisco Salgado de Somoza*». La *Approbatio* aparece en los ejemplares de la edición de 1672, seguida de la *Licentia del Ordinario de Lyon, con fecha 18 de mayo de 1651, que concede la facultad de publicar el libro. En 22 de los mismos mes y año se extiende a París el Privilegio Real al editor Laurentius ANISSON, para vender y distribuir el libro*¹⁶⁰. De manera que se puede determinar el lugar de la primera edición en Lyon¹⁶¹, a diferencia de una extendida creencia de que la obra se había “estrenado” en París¹⁶².

¹⁵⁹ AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza...” *op. cit.*, págs. 3474-3476. Cita a: KOHLER, J., *Leitfaden des Deutschen Konkursrechts*, Stuttgart, 1903.

¹⁶⁰ OLIVENCIA, M., *La terminología...* *op. cit.*, págs. 56-57, nota 35

¹⁶¹ La obra también se editó en Amberes, Frankfurt y Venecia.

Con este Tratado, SALGADO DE SOMOZA pretendía reducir los efectos perniciosos de la cesión de bienes sobre el deudor. Intenta caracterizar un procedimiento cuyo rigor sea trasladado del trato al deudor, a la formalidad de aquél. Para conseguir este objetivo, el autor vuelve de alguna forma al sistema del Derecho castellano anterior al siglo XV, con un modelo de cesión de bienes que no hará diferencias entre comerciantes y no comerciantes, y en el que no se exige el encarcelamiento previo del deudor o la necesidad del reconocimiento de las deudas con efectos de confesión; a cambio de intensificar garantías y formalidades¹⁶³. Esta igualdad en el trato del deudor comerciante y no comerciante, auguraba una de las líneas principales de la normativa concursal que se inició en el año 2003, varios siglos después. Aunque no sea éste el lugar indicado, y la cuestión vaya a ser tratada donde corresponde, algunos autores valoraban positivamente esta posibilidad con anterioridad a la promulgación de la Ley Concursal de 2003, entendiendo injustificada la diversidad de trato¹⁶⁴ y recogiendo sin duda la senda abierta por SALGADO DE SOMOZA en sus escritos.

En la obra se citan cuatro tipos de concurso, cuatro variantes de la institución del concurso, de las que el autor no es ignorante de ninguna de ellas pese a dedicar sus esfuerzos teóricos en caracterizar tan solo la última. Los tres primeros tipos se refieren a la espera, esto es, cuando los acreedores conceden una moratoria al deudor común; la quita, por la que los acreedores acuerdan renunciar a una parte de sus créditos; y las tercerías, que se refieren al juicio entre acreedores para establecer la prelación en el pago después de que uno de ellos reclame al deudor común y el otro se oponga argumentando su mejor derecho. Finalmente, el último tipo de concurso viene determinado por la voluntariedad del deudor, que decide ceder sus bienes para que según el orden de prelación que corresponda, puedan ser satisfechos sus acreedores. Sobre este género de concurso trata la obra de SALGADO DE SOMOZA que sin ignorar como decíamos, que la realidad concursal es más amplia, decidió ocuparse en su *Labyrinthus* de aquella forma de concurso que entendía más favorable o beneficiosa

¹⁶² Por todos: AÑOVEROS DE TRÍAS DE BES, X., “El Derecho concursal en las Ordenanzas de Bilbao”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 58.

¹⁶³ AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza...” *op. cit.*, pág. 3475.

¹⁶⁴ Por todos, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 1990, pág. 842.

para el deudor, quizá influido por su condición de hombre pío y temeroso de Dios, que dedicó a la Iglesia gran parte de su vida¹⁶⁵.

El Tratado cuenta con cuatro partes: la primera trata sobre la declaración de concurso (44 capítulos); la segunda sobre la situación especial de ciertos acreedores (30 capítulos); la tercera se encarga de la enajenación de bienes y la figura del síndico (16 capítulos); y la cuarta de la cesión de bienes, los créditos hipotecarios y otras cuestiones (17 capítulos). No obstante, hay que señalar que la última parte, que integra el tomo tercero de la obra, se publicó a título póstumo, en 1672. La labor de recopilación necesaria para la publicación de este último fragmento fue llevada a cabo por el sobrino del autor, Fray Álvaro Salgado¹⁶⁶.

La obra de SALGADO DE SOMOZA es un tratado que no se limita a estudiar las normas sobre concurso existentes aportando interpretaciones, sino que suple al ordenamiento¹⁶⁷, resolviendo problemas sobre los que existían “lagunas”. Se trata de un jurista cuyos conocimientos le permiten dar soluciones a cuestiones que no estaban resueltas en la legislación, integrando las normas concursales con las prescripciones de su *Labyrinthus*. Las innovaciones introducidas en el tratado de referencia hunden sus raíces en ese concepto benigno de la insolvencia y a su vez protector del crédito, que es la nota que permite la atenuación de los efectos sobre el deudor. Así, podemos hablar del desarrollo de las acciones retroactivas sin necesidad de existir previamente fraude; de la convocatoria de los acreedores con publicidad para que acudieran los acreedores desconocidos, del procedimiento de oposición al convenio; o bien de la idea de interés público del concurso, que se sitúa sobre o al menos junto, al interés de los acreedores, lo que justifica la vigilancia e intervención del aparato estatal¹⁶⁸. La reacción de SALGADO DE SOMOZA frente a la dureza de disposiciones como la Pragmática de Felipe II de 18 de julio de 1590, se va a concretar en una reconducción de la vertiente penal del concurso a determinados casos. Partiendo de un ordenamiento que castigaba duramente al deudor insolvente como forma de sanción (no solo para compeler al pago

¹⁶⁵ Decidió pasar el fin de sus días lejos de ajetreos, en el Reino de Granada, como Abad de Alcalá la Real. *Vid.* AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza...” *op. cit.*, págs. 3464-3465.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra...* *op. cit.*, pág. 89.

¹⁶⁸ AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza...” *op. cit.*, pág. 3475.

de lo debido), el Tratado va a trasladar el aspecto punitivo de la insolvencia a determinados sujetos que no tienen voluntad de llegar a acuerdos y reconducir la situación, o cuyo procedimiento venga dado por un fraude.

Todo ello se consigue gracias a una fuerte procesalización de la institución (que ha llegado hasta nuestros días); tratando así de otorgar seguridad al crédito sin que sea necesario el encarcelamiento del deudor u otras medidas coercitivas. En concreto, la intervención judicial pasa a ser una nota característica del procedimiento, que ya no sustancia simplemente una relación acreedores-deudor, sino que va más allá y convierte en parte interesada en la situación de insolvencia a la Administración Pública. Se puede decir que la institución se *subordina a las formalidades de un verdadero juicio: los bienes se dejan bajo la protección y potestad judicial, se reconoce al juez la facultad de nombrar administrador para la masa de los bienes, subastar éstos en representación del deudor, distribuir entre los acreedores el producto de la venta, etc*¹⁶⁹. Esto no debe ser óbice para que los acreedores mantengan un importante grado de autonomía en determinadas cuestiones. Pero, justificándose en el interés público del concurso, lo que supone la obra de SALGADO DE SOMOZA es la caracterización de una institución jurídica muy reglada, que no admite la posibilidad de la cesión de bienes fuera de juicio –y de la autoridad del juez–¹⁷⁰, pensando tanto en un trato menos riguroso del deudor, como en la protección del crédito de los acreedores. Sobre todo en éstos últimos, a quien realmente van dirigidas las bondades de su obra.

Pese a las críticas que habíamos adelantado, la influencia de *Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam* está fuera de toda duda. Este texto supone una fractura en el tratamiento jurídico de la insolvencia, que desde la mitad del siglo XVII, va a contemplar otro tipo de soluciones o de remedios ante la falta de medios para hacer frente al pago de los acreedores. Desde luego, la obra supuso la cristalización de una concepción publicista, atenuada, menos rigurosa con el deudor; en contraposición con el modelo privatista italiano, más severo y menos “intervenido”. Así, sintetizando en exceso esta corriente, se podría decir que el

¹⁶⁹ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra... op. cit.*, pág. 90.

¹⁷⁰ GARRIGUES, J., *Curso... op. cit.*, pág. 408.

resumen de sus postulados cabe en una frase: de las deudas deben responder los bienes y no las personas¹⁷¹.

El régimen del concursado, contenido en el Capítulo XIV de la Parte I de la obra determina, en línea con las prescripciones actuales del Derecho concursal, que el deudor pierde las facultades de administración y disposición sobre su propio patrimonio, aunque mantenga la propiedad de sus bienes. Así el concursado mantiene la capacidad procesal pasiva y activa para ser reclamado o reclamar, amén del dominio de su patrimonio, pero sin la posibilidad de gestionarlo¹⁷². Se trata de un efecto general, propio del secuestro de los bienes del concursado, que como hemos dicho ha traspasado siglos y normas hasta instalarse en nuestro ordenamiento vigente.

Para nosotros, la obra de SALGADO DE SOMOZA es básica e irrenunciable en la tradición concursal española pero además encontramos elementos en ella que dan sentido a este estudio. En concreto, queremos citar dos ideas que animan a mantener los postulados que hasta el momento se han podido esbozar aquí. De un lado, advierte al inicio de la obra que en relación al concurso, su grado de complejidad alberga dificultades insalvables si desconocemos la naturaleza, principios y condiciones del juicio¹⁷³ –de la institución–; lo que tomamos como un guiño al análisis de los principios concursales, para no perdernos en el laberinto jurídico que supone esta rama del ordenamiento. De otro, la distinción que el propio autor hace del procedimiento que caracteriza con respecto a una simple cesión de bienes¹⁷⁴. En este sentido, debemos

¹⁷¹ GARCÍA DE LA PUERTA LÓPEZ, M. I., *Apunte bio-bibliográfico de don Francisco Salgado de Somoza (La Coruña, 1595?-Alcalá la Real, 1656), autor del "Labyrinthus creditorum", su testamento y codicillo*, Universidad de Córdoba, 2002.

¹⁷² MARTÍNEZ FLÓREZ, A., "Las técnicas..." *op. cit.*, págs. 332-333.

¹⁷³ SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, Tomo I, L. Anisson, 1665, pág. 3, nº 6: *Et circa ho concurfus, & iudicij genus nofter verfatur tractatus, in gentes, vtiles & mirabiles, phyficas tamen difficultates continens, quae vix vinci pofidunt, fi naturam huius iudicij per fua principia non agnofcimus, & eius conditiones ac formalitatem ignoramus*. La edición utilizada se encuentra en el fondo antiguo de la biblioteca del Real Colegio Mayor de San Bartolomé y Santiago de Granada.

¹⁷⁴ SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus...* *op. cit.*, pág. 7, nº 46-47: *Infuper non omittam non nullas alias differentias inter fimplicem ceffionem, & concurfum creditorum, quod licet hoc iudicium concurfus vuniuerfale de quo loquimur, ranquam praeuentiuum non petat de neceffitate formali, quod debitor ab aliquo ex fuis creditoribus moeftetur iudicialiter, exhis quae fupra fcripta manent provt requiritur in ceffione fimplici bonorum (...).*

recordar que situábamos el origen remoto de la institución concursal en la *bonorum venditio*, por ser la primera institución en Roma que preveía un sistema más o menos complejo, reglado y estructurado para dar respuesta al problema de la insolvencia frente a una pluralidad de acreedores. Esa complejidad y cierta organización que caracteriza al proceso concursal, entendemos es el motivo por el que SALGADO DE SOMOZA señala que su concurso no es una simple cesión de bienes, sino un procedimiento universal¹⁷⁵ que trataba de dar “soluciones” –recalcando la actualidad del término– al problema que es objeto de nuestro estudio.

La figura de este autor tiene una importancia capital en la historia del Derecho concursal, y también en el Derecho concursal actual. No se puede negar el mérito de este jurista, de escribir el primer tratado de estas características, minucioso, procedimental y comprensivo de toda la realidad concursal aunque centrado en una parte de ella, la más favorable para acreedores y deudor. A mayor abundamiento y para gloria de nuestra patria, grandes juristas como CASTÁN TOBEÑAS no dudaron en tomar partido por SALGADO DE SOMOZA y señalar que estamos ante el primer tratado sistemático del concurso en el mundo¹⁷⁶. Por tanto, es la obra de un pionero y de un Jurisconsulto, tanto en su primera acepción (“Persona dedicada al estudio, interpretación y aplicación del derecho”), como en la segunda (“En lo antiguo, intérprete del derecho civil, cuya respuesta tenía fuerza de ley”) pues sus escritos vinieron a poner luz donde la disciplina concursal era oscura, llegando incluso a iluminar otros ordenamientos que se vieron influenciados de forma clara e innegable.

4. Las Ordenanzas de Bilbao

La obra de SALGADO DE SOMOZA supone un verdadero hito en la historia del Derecho de la insolvencia, no obstante, la evolución normativa como ya se ha apuntado, es un proceso inacabado por definición; en este sentido aun podemos identificar pasos en la construcción del Derecho concursal. La importancia del

¹⁷⁵ SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus... op. cit.*, págs. 8-9, nº 60: *Diximus quae caufae omnes incorporantur in concursum vniuersalem, cuius natura vestiuntur propria mutata, & alterata, itaut prorfos amittant viam executiuam, & omnes efficiantur ordinariae, & in iudicio ordinariofimul tra etenthur iuxta naturam concursus, qui ordinarium iudicium requirit (...).*

¹⁷⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., *La vocación jurídica del pueblo español*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948, pág. 54.

Labyrinthus está fuera de toda duda, consiguió dar un tratamiento sistemático y completo a la situación de concurso. No obstante se trata de un instrumento privado, que contaba con la originalidad pero no la fuerza legislativa necesaria para que la institución fuera implantada con el rigor que otorga la obligatoriedad de la norma. El éxito de la obra estriba en la falta de sistematización, equilibrio y conexión entre las normas de corte concursal vistas hasta el momento. Además, aquella regulación estaba caracterizada por disposiciones aisladas emanadas del Rey o las Cortes y por la jurisprudencia¹⁷⁷.

Por tanto, la necesidad normativa venía determinada por la superación de ambas situaciones. El Derecho concursal debía encontrar fórmulas para dejar atrás tanto la dispersión y falta de sistemática de la legislación existente, como la ausencia de obligatoriedad de otros textos privados que sí contaban con una regulación completa del proceso. Pero no será una iniciativa regia la que ponga fin a dicha situación sino que, una vez más, la influencia del comercio será el motor del cambio en el plano del tratamiento jurídico de la insolvencia. Algunos Consulados de Comercio encargaron la redacción de normas que paliaran esta indeseable laguna del ordenamiento, destacando sobre todos los demás, la actividad del Consulado de Comercio de Bilbao que cristalizó en las denominadas “Ordenanzas de Bilbao” de 1737. Se encargó a una comisión de juristas la redacción de esta nueva norma, cuyo trabajo produjo en poco más de un año, el instrumento que Felipe V habría de promulgar el día dos de diciembre de 1737¹⁷⁸. En ellas se recoge una amplia regulación de la materia comercial, incluyéndose la insolvencia del deudor comerciante, que tiene en su génesis la mezcolanza resultante de contrastar la legislación anterior contenida en importantísimos textos como el Código de las Partidas, y la doctrina concursal española donde destacan autores como los ya estudiados DE HEVIA BOLAÑOS o SALGADO DE SOMOZA. Su importancia histórica y su grado de penetración en la sociedad y en la actividad del comercio justifican sobradamente su atención.

¹⁷⁷ Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia... op. cit.*, pág. 319. Se refiere a los territorios de tanto castellanos como catalanes.

¹⁷⁸ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra... op. cit.*, pág. 127.

El cuerpo legal se divide en veintinueve capítulos, de los cuales uno tiene como rúbrica “de los atrasos¹⁷⁹, fallidos, quebrados, ò alzados: sus clases, y modo de procederse en sus quiebras” (XVII)¹⁸⁰. En él, se dedican cincuenta y seis artículos a la cuestión de la insolvencia del comerciante, creándose o si se prefiere refundándose, un sistema que por primera vez podemos calificar como vinculante y sistemático cumulativamente. Las Ordenanzas fueron redactadas pensando en la Villa de Bilbao, de hecho su nombre su nombre completo es: *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la Muy Noble y Muy Leal Villa de Bilbao (Insertos sus Reales Privilegios), Aprobadas y Confirmadas por El Rey Nuestro Señor, Don Phelipe Quinto (que Dios guarde)*. No obstante, su aplicación se extendió por casi todos los territorios peninsulares y también por América donde estuvo vigente en diferentes países¹⁸¹ (Guatemala, Chile, Paraguay, Uruguay, Méjico...). Dice al respecto el Profesor LANGLE que su implantación fue muy notable excepto en Levante, ya que allí se prefería el Libro del Consulado del Mar¹⁸².

Por tanto, el texto de las Ordenanzas de Bilbao fue recibido en numerosas ciudades; y también adaptado por otros Consulados, que siguieron su articulado como modelo para crear sus propias normas. Es el caso de las Ordenanzas del Consulado de San Sebastián de 1766 y las del Consulado de Santander de 1794, que mantuvieron – con leves diferencias–, el sistema dibujado por las Ordenanzas de Bilbao en el tema de

¹⁷⁹ El término “atrasos” que aparece en las primeras ediciones es sustituido por “atrasados” posteriormente. Se puede dudar si se trata de una cuestión de estilo o si el cambio se debe a un intento de personalización del sistema en torno a la persona del deudor, lo que entroncaría con la idea de ALEMÁN MONTERREAL, que señala cómo prevalece en las Ordenanzas de Bilbao *la calificación subjetiva del deudor sobre la denominación del procedimiento*. Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia... op. cit.*, pág. 321. Así, la palabra “atrasos” aparece en la edición de 1738 impresa en la oficina de la viuda de Antonio Zafra y Rueda; mientras que “atrasados” es el término de las ediciones de 1775 (oficina de D. Antonio Fernández), 1787 (oficina de D. Pedro Marín) y 1794 (imprensa de Sancha).

¹⁸⁰ Se manejan las ediciones que se han expresado en la nota anterior, todas digitalizadas y publicadas en la Biblioteca Virtual del Patrimonio Bibliográfico (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte). Edición de 1738: http://bvpb.mcu.es/es/consulta/resultados_busqueda.cmd?posicion=1&forma=ficha&id=1615 . Edición de 1775: http://bvpb.mcu.es/es/consulta/resultados_busqueda.cmd?posicion=3&forma=ficha&id=1615. Edición de 1787: http://bvpb.mcu.es/es/consulta/resultados_busqueda.cmd?posicion=2&forma=ficha&id=1615. Edición de 1794: http://bvpb.mcu.es/es/consulta/resultados_busqueda.cmd?posicion=4&forma=ficha&id=1615.

¹⁸¹ URQUIZU MEJÍAS, O., *La quiebra... op. cit.*, pág. 217.

¹⁸² LANGLE, E., *Manual de Derecho mercantil español*, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1950, págs. 162 y ss.

la quiebra mercantil¹⁸³. En esa línea marcada por el texto aprobado en 1737 también encontramos las Ordenanzas Consulares de Málaga de 1825¹⁸⁴, que nunca llegaron a estar vigentes por su proximidad temporal con el Código de Comercio de 1829¹⁸⁵. De esta manera, la quiebra se desarrolla en el territorio español conforme aumentaba la implantación de las Ordenanzas de Bilbao, cuyo procedimiento puede calificarse como primer intento de armonizar las disposiciones en materia de insolvencia comercial en España. Es por ello que estudiamos separadamente en este capítulo, la génesis y proceso de la norma de 1737, que habrá de regir en materia concursal hasta la codificación mercantil, erigiéndose como uno de los pilares normativos en la historia de España en relación al Derecho de la insolvencia. Además, su caracterización, propiamente mercantil de la institución de la quiebra, vuelve a situar el desarrollo del Derecho concursal a expensas de las necesidades del comercio, lo que durante toda la investigación dirige nuestro enfoque en el estudio de esta rama de conocimiento.

El proceso concursal que caracterizan las Ordenanzas de Bilbao está totalmente imbuido por la dimensión subjetiva de la quiebra. Si bien algunos autores distinguían en los siglos XVI y XVII entre diversos géneros de quebrados, esa diferenciación va a operar creando un mecanismo concursal a la medida de cada situación en las Ordenanzas de Bilbao. Se distinguen tres géneros de quebrados o fallidos cuáles son según el nº I del Capítulo XVII: inocentes y culpados leve o gravemente. No obstante, de la descripción de cada una de estas clases se deriva cierta incongruencia con esa primera denominación, que consideramos vaga e imprecisa, apareciendo a nuestro entender en las Ordenanzas más como una mera introducción que como una categorización rigurosa, que se da más tarde. En este sentido, prefiriendo la denominación expresa o la que podemos inferir de aquellos fragmentos en que se caracterizan concretamente los géneros de quebrados, distinguimos:

¹⁸³ Capítulo XVI de las Ordenanzas de San Sebastián (números VI-XIII y XXVI); y Capítulo 14 de las Ordenanzas de Santander (artículos 3, 5, 6 y 11). *Vid.* MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Las técnicas...” *op. cit.*, pág. 334.

¹⁸⁴ Para profundizar en el concepto y sobre todo en los presupuestos objetivo y subjetivo de la quiebra en esta norma, *vid.* CORDONES RAMÍREZ, M., “Apuntes históricos sobre la evolución del sistema de quiebra de los comerciantes (especial referencia a las Ordenanzas Consulares de Málaga: un precedente olvidado en la Historia del Derecho concursal español”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 147-154.

¹⁸⁵ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Las técnicas...” *op. cit.*, pág. 335, nota 71.

– Atrasados: se trata de aquellos comerciantes que no pagan a su debido tiempo, esto es, incumplidores de sus obligaciones, sin que esto suponga la incapacidad patrimonial para el pago de sus deudas. Por lo tanto, estamos ante un quebrado que puede hacer frente a los créditos de sus acreedores, pero que por accidente falta puntualmente al pago de sus obligaciones en la fecha de vencimiento de las mismas. A este atraso, le corresponde como solución un convenio de espera, con o sin intereses según haya sido pactado con los acreedores. El sistema de las Ordenanzas preserva el honor del comerciante que “fale” momentáneamente pero que mantiene una posición patrimonial suficientemente holgada para dar satisfacción a sus acreedores, señalando que “a semejantes se les ha de guardar el honor de su crédito, buena opinión y fama”¹⁸⁶. De forma más práctica, diríamos que es fundamentalmente un problema de liquidez. Este modelo de quiebra, para algunos autores se mantendrá en futuros instrumentos normativos, y pasará a denominarse –evolucionando– suspensión de pagos en el Código de Comercio de 1829¹⁸⁷.

– Inculpados¹⁸⁸: en este género es donde la terminología puede llevar a más errores puesto que el pasaje general citado anteriormente, el inicio del Capítulo XVII, se refiere a ellos como culpados levemente, cuando la descripción de los mismos los califica claramente como inculpados. Se trata de aquellos comerciantes cuya insolvencia proviene de diversos “infortunios” absolutamente ajenos a la conducta de aquéllos. La disposición alude a sucesos en el Mar y otras situaciones dejando meridianamente clara la diligencia del comerciante y la ausencia de culpa en su situación de insolvencia; que se diferencia de la anterior al suponer una incapacidad para satisfacer a los acreedores con el patrimonio del que dispone el deudor. Lo que antes era iliquidez, ahora se torna en imposibilidad de pago, en incapacidad para hacer frente a las deudas con el activo del comerciante quebrado. Sin embargo, la conducta diligente del comerciante, y sobre todo, la naturaleza inculpada de su ruina, determinan una solución bondadosa emanada de las Ordenanzas: el convenio de quita. El déficit patrimonial se supera a través de la remisión de parte de la deuda y el pago parcial en un cierto plazo, siempre con la

¹⁸⁶ Ordenanzas de Bilbao, Capítulo XVII, nº II.

¹⁸⁷ Por todos: ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra... op. cit.*, pág. 128; OLIVENCIA, M., *La terminología... op. cit.*, pág. 69, nota 58.

¹⁸⁸ Ordenanzas de Bilbao, Capítulo XVII, nº III.

aquiescencia de los acreedores. No obstante el remedio, la quita, el deudor no queda exonerado de pagar la totalidad de sus créditos (no es una quita de carácter definitivo). Al contrario, las Ordenanzas prevén una suerte de inhabilitación¹⁸⁹ según la cual los comerciantes quebrados “no tendrán voz activa, ni pasiva en este Consulado” hasta que hayan satisfecho todas sus deudas.

En opinión de ZAMBRANA MORAL¹⁹⁰, estos dos primeros supuestos no comportan una quiebra en sí, sino que en ellos se contemplan las instituciones de quita y espera, que son dos figuras aplicadas en el ordenamiento español inmediatamente anterior a la Ley Concursal de 2003 –el contexto de su obra–, al deudor no comerciante. Sobre esa base, la autora señala que los dos primeros casos no se pueden calificar propiamente como una quiebra, que sí se correspondería con la tercera categoría, la que se expondrá tras este breve paréntesis. En ese sentido, dudamos si cabe enjuiciar la categorización de un ordenamiento pasado a través de instrumentos presentes; ciertamente la quita y la espera pasaron a formar parte de la esfera del “concurso civil”, sin embargo, tal consideración fue posterior a las Ordenanzas de Bilbao. De hecho, si recordamos la obra de SALGADO DE SOMOZA, la quita y la espera aparecen insertas en dos de las cuatro formas de concurso que el reputado jurista reconoce, no obstante, no están referidas al deudor civil ni al deudor comerciante. Obviamente no existe esta referencia porque el *Labyrinthus* de SALGADO DE SOMOZA no distingue entre concurso civil y concurso mercantil, es decir, podía aplicarse a todos. Esto significa, en lo que se refiere a la quita y la espera, que aunque evolucionaran en el sistema concursal español hacia el tratamiento de la insolvencia civil, solo se trata de una elección de política legislativa. La realidad es que partiendo de la concepción de la mejor doctrina concursalista española, fueron –la quita y la espera– instituciones concursales que pudieron aplicarse indistintamente a los comerciantes y no comerciantes; más aun si hablamos de las Ordenanzas de Bilbao, texto que preveía estos remedios jurídicos ante la quiebra, término exclusivamente aplicado al concurso mercantil. Prueba de esta fragilidad o volatilidad de las instituciones de quita y espera, al menos de su denominación o función, es su desaparición como instrumentos autónomos en la legislación concursal vigente.

¹⁸⁹ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra... op. cit.*, pág. 129.

¹⁹⁰ ZAMBRANA MORAL, P., *Iniciación Histórica... op. cit.*, pág. 168.

– Quebrados con dolo¹⁹¹: son aquellos que han provocado su quiebra y por ende un perjuicio patrimonial a sus acreedores. Hablan las Ordenanzas de comerciantes que debiendo conocer su mal estado económico (la llevanza de la contabilidad es una obligación inserta en las propias Ordenanzas) arriesgan caudales ajenos con dolo y fraude, haciendo su quiebra cada vez mayor; y también de su alzamiento con la hacienda ajena, ocultándola y ocultando sus bienes, para ausentarse o retirarse al sagrado de las iglesias sin dar cuenta a sus acreedores en quien la confusión se hace más grande si cabe. Es clara la confusión entre el quebrado fraudulento y el alzado, que en las Ordenanzas de Bilbao, *no tiene la consideración de institución autónoma*¹⁹². El castigo, porque es más propio en este supuesto hablar de la vertiente punitiva del Derecho concursal que de los posibles remedios ante la insolvencia, queda abierto y a expensas de la Justicia ordinaria. Esta inclinación penal de la tercera clase de quebrados en las Ordenanzas ha sido puesta de relieve por ZAMBRANA MORAL¹⁹³. A ellos dedica el cuerpo legal las siguientes palabras que clarifican la cuestión: “à eftos tales Alzados fe les ha de tener, y eftimar como infames, ladrones públicos, robadores de hazienda agena, y fe les perfeguirà hafta tanto que el Prior, y cofules puedan aver fus perfonas; y aviendolas, las entregaràn à la Jufticia Ordinaria con la caufa que fe les huviere hecho, para que fean caftigadas por todo el rigor que permite el derecho, à proporción de fus delitos”.

La tipología expresada se refiere a los quebrados y no a la quiebra en sí, que en los tres casos es la misma institución, aunque con un remedio tan diferente, que bien parecen tres figuras diversas. Dice OLIVENCIA sobre este texto legal: *el término quiebra, como el de falencia, que se emplea como sinónimo, expresa el estado patrimonial del deudor; pero se emplea también como denominación del «juicio universal», al que indistintamente se le llama «concurso»*¹⁹⁴. Como ya se ha adelantado, la institución contenida en las Ordenanzas de Bilbao solo se aplica a los comerciantes y su insolvencia, es decir, se regula la quiebra propiamente dicha como instituto concursal

¹⁹¹ Ordenanzas de Bilbao, Capítulo XVII, nº IV. Elegimos el término “dolo” porque entendemos es el más descriptivo de la quiebra que se caracteriza en esta disposición, además de la importancia de éste para el Derecho penal, disciplina que se relaciona especialmente con este género de quebrados.

¹⁹² ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra... op. cit.*, pág. 129.

¹⁹³ ZAMBRANA MORAL, P., *Iniciación Histórica... op. cit.*, pág. 168.

¹⁹⁴ OLIVENCIA, M., *La terminología... op. cit.*, pág. 71.

dedicado al deudor mercantil. Se caracteriza también como un verdadero juicio universal, especificándose la *vis attrativa* del procedimiento concursal, que atrae a cualquier embargo o procedimiento individual paralelo a través de la inhibición de la instancia que esté conociendo del mismo, en favor del proceso de quiebra¹⁹⁵.

El procedimiento se inicia con el conocimiento del Prior y los Cónsules de la situación patrimonial del deudor; información que puede llegar a aquéllos a través del propio deudor o de otro medio legítimo¹⁹⁶. No obstante, la iniciación del procedimiento por otro medio como podría ser la “denuncia” de un acreedor legítimo no suele ponerse de relieve dada la obligación contenida en las Ordenanzas para los deudores insolventes en el numeral quinto del Capítulo XVII. En él, se obliga a los comerciantes en situación de quiebra inminente a realizar un inventario o memoria de sus deudas y bienes y ponerlo a disposición del Prior y los Cónsules. De esta forma, la quiebra voluntaria se entiende como el modo ordinario de iniciar el procedimiento, ya que es una obligación del comerciante dar cuenta de ello¹⁹⁷. No obstante, tal y como se ha señalado, las Ordenanzas prevén la apertura del instituto concursal por otros medios.

Iniciado el procedimiento, el escribano iba a la estafeta correspondiente, comunicando a sus oficiales que no debían entregar carta alguna al quebrado, sino que su correspondencia pasaba a disposición del Prior y Cónsules; ellos leerían el contenido de las mismas y las remitirían a los comisarios¹⁹⁸. Estamos por tanto ante la intervención de las comunicaciones del quebrado, recordándonos la medida a la suspensión de ciertos derechos fundamentales en razón del procedimiento concursal vigente *ex* Ley Orgánica para la Reforma Concursal. Después, se nombra a un depositario interino de los bienes que han sido inventariados, cargo que será temporal, ya que finaliza cuando la primera “junta de acreedores” nombra a los síndicos comisarios, excepto que el nombramiento recaiga en el propio depositario interino¹⁹⁹, con lo que sus emolumentos se verían incrementados. Una vez se ha confirmado al depositario interino o nombrado a los comisarios, éstos pasan a controlar el patrimonio

¹⁹⁵ Ordenanzas de Bilbao, Capítulo XVII, n° LI.

¹⁹⁶ Ordenanzas de Bilbao, Capítulo XVII, n° VI.

¹⁹⁷ Nótese la similitud con el sistema establecido por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹⁹⁸ Ordenanzas de Bilbao, Capítulo XVII, n° XI.

¹⁹⁹ Ordenanzas de Bilbao, Capítulo XVII, n° XIII.

del deudor, con las funciones y límites expresados en las Ordenanzas, como por ejemplo la comprobación de libros o el cobro de los créditos a favor del quebrado. Son tareas dirigidas al establecimiento de un orden de prelación entre los acreedores, que obrará en una memoria debidamente redactada por los propios comisarios²⁰⁰ (donde se hacía indicación de los acreedores privilegiados, personales, etc.).

En el estadio de la delimitación de la masa de la quiebra, el ordenamiento consular prevé que la formación de la misma es una parte del procedimiento determinada por criterios y acciones que pueden aumentar o disminuir el volumen de la propia masa. En este sentido, seguimos a ALEJANDRE GARCÍA²⁰¹, que sistematiza tales criterios para realizar una clasificación de situaciones fácticas con contenido patrimonial que deben reducir o aumentar la masa del concurso:

– La reducción de la masa tiene lugar en varias situaciones: en primer lugar, existe un derecho de exclusión del vendedor en relación a los bienes que no han sido abonados por el quebrado al tiempo de la quiebra; en segundo lugar hay también un derecho de exclusión a favor del comitente sobre los bienes que se hallen en poder del quebrado en virtud de un contrato de comisión; además, se separan de la masa de la quiebra las cantidades correspondientes al valor de la dote, en favor de la mujer del quebrado; y finalmente, existe un derecho de separación para el depositante sobre aquellos bienes que el quebrado mantiene en concepto de depósito.

– El aumento de la masa puede darse a través de la reintegración de bienes. Se trata de un mecanismo, de sobra conocido en el Derecho concursal vigente, y que en las Ordenanzas respondían a la necesidad de evitar o paliar un fraude. Éste consistía en la sustracción por parte del quebrado de bienes de su patrimonio poniéndolos mediante distintos negocios jurídicos ficticios, en manos de personas vinculadas al mismo. El periodo de retroacción, esto es, aquel lapso sospechoso en que estos negocios jurídicos pueden ser anulados para devolver los bienes objeto de los mismos a la masa era ínfimo

²⁰⁰ Ordenanzas de Bilbao, Capítulo XVII, nº XIX.

²⁰¹ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra... op. cit.*, págs. 133-141.

en comparación con el de nuestro Derecho actual²⁰². No obstante, la idea de evitar un fraude a los acreedores es la misma.

Determinados los órganos más importantes de la quiebra consular, y las reglas que determinan la formación de la masa, se pueden mencionar algunas cuestiones sobre el procedimiento. En primer lugar, los acuerdos tomados por los acreedores, requieren una mayoría de las tres cuartas partes de acreedores que reúnan dos terceras partes de los créditos; o viceversa, de dos tercios de los acreedores que reúnan las tres cuartas partes de los créditos²⁰³. En segundo lugar, y ya en la tramitación final de la quiebra, se permite el pago a los acreedores con bienes de la masa o con una cantidad líquida si los mismos estaban rematados²⁰⁴. Esta prescripción permite el pago de las cantidades correspondientes a cada acreedor en dinero o bienes de la masa indistintamente, siempre que cubrieran el valor de su crédito.

Por tanto, las Ordenanzas de Bilbao de 1737 sistematizan el concurso del comerciante con una considerable cantidad de reglas, lo que permite la caracterización de un modelo completo y complejo. La estructura de esta quiebra contiene institutos, como ocurre en otros textos anteriores –quizá con más intensidad aquí–, que pasarán al tratamiento de la insolvencia de los ordenamientos posteriores (incluso hasta nuestros días). No obstante, la jurisdicción consular no está exenta de aspectos negativos, que determinaron finalmente su desaparición y sustitución del sistema por otro. Antes de pasar a los siguientes textos relevantes en la historia del Derecho de la insolvencia, debemos siquiera citar estos problemas que fueron diagnosticados en relación a la aplicación de las Ordenanzas.

Siguiendo a PULIDO BEGINES²⁰⁵, la institución consular fue objeto de quejas a resultas de la dispersión normativa, arbitrariedad e inseguridad jurídica. Tales escollos

²⁰² “Días antes (o en los mismos) de sus quiebras” es la expresión que utiliza las Ordenanzas de Bilbao (Capítulo XVII, nº XXV); mientras que la Ley Concursal de 2003 habla de dos años en el artículo 71 LCon.

²⁰³ Ordenanzas de Bilbao, Capítulo XVII, nº XX.

²⁰⁴ Ordenanzas de Bilbao, Capítulo XVII, nº LV.

²⁰⁵ PULIDO BEGINES, J. L., “La Jurisdicción Mercantil en el siglo XIX: de los consulados al fuero ordinario”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs 492-496.

fueron en parte reducidos por la tendencia a la centralización, propia de la monarquía borbónica y en la extensión de la aplicación de las Ordenanzas de Bilbao, que unificó en parte la práctica comercial. Sin embargo, la falta de uniformidad de la Justicia consular se dejaba ver, entre otros, en conflictos de competencia entre distintos consulados o con otras instancias ordinarias o especiales. Resultaba difícil el entendimiento entre jurisdicciones que tendían a extender su competencia más allá de sus límites, lo que devenía en desajustes inconcebibles en un sistema judicial eficiente. Los intentos de la Autoridad Real de defender los consulados frente a abusos de la Justicia ordinaria no fueron siempre fructuosos, en razón de las dificultades existentes para determinar qué jurisdicción debía conocer de diversos litigios. Además el procedimiento mercantil en sí, también fue objeto de críticas en cuanto a sus contradicciones y la falta de capacidad de los comerciantes para juzgar ciertas cuestiones, para lo cual se hubo de promocionar la participación de asesores expertos en Derecho.

La importancia de las Ordenanzas de Bilbao como instrumento normativo en relación con el tratamiento del mercader quebrado, tras lo que aquí se ha expuesto, es clara. No obstante, las dudas que se plantearon en torno a la seguridad que la Justicia impartida por los propios comerciantes procuraba a los usuarios de tales instancias, fue una sombra demasiado grande para el sistema. El tratamiento jurídico de la insolvencia encuentra en las Ordenanzas Consulares, en concreto en las de Bilbao que inspiraron muchas otras, un hito importantísimo. Sin embargo, la evolución de la sociedad y del comercio, demandaron una vez más cambios en esta regulación.

5. La codificación en España y el Derecho concursal

Con este epígrafe llegamos a las normas que organizaban el sistema concursal español previo al que tenemos en la actualidad. Sin perder la cuestión histórica interés, debemos decir que el acceso (dada la proximidad temporal) a los textos que referiremos es más sencilla que en apartados anteriores. En consecuencia, nuestra investigación en este punto va a mantener la línea temporal dibujada y que llega a su fin, sin realizar un examen completo de normas que si bien son históricas, han perdido la vigencia hace algo más de una década. Principalmente trataremos de contestar a las preguntas: ¿Qué ocurrió con el Derecho concursal durante la codificación y el siglo XX? ¿Dónde se encontraba su regulación?

5.1. Insolvencia comercial

En 1829 Fernando VII promulga el Código de Comercio que redactó Don Pedro SÁINZ DE ANDINO, conteniendo entre sus prescripciones un instituto concursal: la quiebra. Se dedica todo el Libro Cuarto a esta cuestión con la rúbrica: “De las Quiebras”; lo que ocupa los artículos 1001 a 1177. Por tanto se trata de una obra legal que se encarga con detenimiento de la cuestión de la insolvencia del comerciante²⁰⁶ y sus posibles remedios, distinguiéndose en el artículo 1002, cinco clases de quiebras: suspensión de pagos, insolvencia fortuita, insolvencia culpable, insolvencia fraudulenta y alzamiento. Los preceptos posteriores recogen y caracterizan cada una de ellas; a título de ejemplo, el artículo 1003 acoge la suspensión de pagos como una clase de quiebra consistente en una moratoria que solo puede solicitar el comerciante que manifiesta bienes suficientes para cubrir todas sus deudas.

Pero el Código de 1829, en materia de quiebras no acoge una regulación omnicompresiva ya que se limita al Derecho sustantivo, dejando a una Ley procesal las cuestiones que le son propias. Por tanto, el Código no contiene muchas prescripciones puramente procedimentales, llevando a cabo una remisión general en el artículo 1219: “En cuanto al orden de instrucción y sustanciación en todos los procedimientos e instancias que tienen lugar en las causas de comercio, se estará a lo que prescriba el Código de enjuiciamiento, rigiendo entre tanto una Ley provisional que promulgaré sobre esta materia”. La referencia a esta norma, se entiende hecha a la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, que sería promulgada un año después del Código. En ella, el Título V se ocupa “Del orden de proceder en las quiebras”, manteniendo la misma denominación (quiebra y quebrado) que la utilizada por SÁINZ DE ANDINO²⁰⁷.

El presupuesto objetivo no queda del todo claro en este cuerpo legal (Código de 1825), abriéndose un debate doctrinal del que se hace eco ALEMÁN MONTERREAL²⁰⁸ *ex* artículo 1001: “Se considera en estado de quiebra a todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones”. Con esta redacción,

²⁰⁶ El artículo 1014 dispone que es un procedimiento exclusivamente para comerciantes.

²⁰⁷ OLIVENCIA, M., *La terminología... op. cit.*, pág. 80.

²⁰⁸ ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia... op. cit.*, págs. 353-356.

parece inclinarse el Código por un presupuesto objetivo identificado con el incumplimiento. No obstante, el tema se complica con la lectura del artículo 1026, que señala la insuficiencia de las ejecuciones pendientes como presupuesto objetivo de apertura del procedimiento cuando ésta se solicita por los acreedores (siempre que el deudor tenga bienes disponibles para trabar tales ejecuciones). De esta forma, parece desdoblarse el presupuesto objetivo en dos posibilidades: una para la quiebra instada por el deudor, donde regiría la prescripción general del artículo 1001 que entiende suficiente el sobreseimiento en el pago de las obligaciones corrientes; y otra, para la quiebra instada por los acreedores, que requeriría además del incumplimiento, la insuficiencia de medios para hacer frente a sus pagos.

El valor del Código de comercio de 1829 fue especialmente acusado en materia de quiebras puesto que el Libro Cuarto mantuvo su validez aun cuando se derogó parte del Código y la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio. El Decreto de 6 de diciembre de 1868, emanado del Gobierno provisional en el contexto de la “revolución gloriosa”, unificó los fueros y suprimió los Tribunales especiales de Comercio para trasladar sus asuntos a la jurisdicción ordinaria (civil). No obstante, se exceptuó expresamente de dicha derogación el Libro Cuarto del Código de comercio de 1829 y el Título Quinto de la citada Ley de Enjuiciamiento; que con varias modificaciones seguirían rigiendo en materia de quiebras²⁰⁹.

Sin embargo, no tardaría mucho en llegar el siguiente texto que sería crucial para el tratamiento de la insolvencia comercial: un nuevo Código de comercio, en el año 1885, que todavía está vigente aunque no en relación a la insolvencia²¹⁰. En él, de nuevo el Libro Cuarto ordenará estas cuestiones bajo la rúbrica: “De la suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones”. Ahora bien, la situación normativa se complicaba ostensiblemente con este nuevo texto ya que la duplicidad de normas concursales en razón de la diferencia norma sustantiva–norma procesal, hacía que

²⁰⁹ OLIVENCIA, M., “Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso”, *Revista del Poder Judicial*, nº Extraordinario 18, 2004, págs. 25 y ss.

²¹⁰ En este punto, hay al menos dos referencias obligadas: OLIVENCIA, M., “La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio”, *Centenario del Código de Comercio*, Volumen I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1986, págs. 341-388; MOTOS GUIRAO, M. y BLANCO CAMPAÑA, J., “Proceso histórico de formación del Código de Comercio”, *Centenario del Código de Comercio*, Volumen II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.

rigiera en el ámbito procesal la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, previa a aquél. Dentro de la norma procesal, eran frecuentes las remisiones al Código de comercio de 1829, que pese a estar derogado, se mantenía vigente en razón de dicho reenvío, permaneciendo en tierra de nadie, como una suerte de “muerto viviente jurídico”. Simultáneamente operaban dos Códigos y una Ley procesal, que parecen demasiado.

Sobre el presupuesto objetivo de la quiebra, que tanto debate generaba en el Código de 1829, parece que la cuestión se va clarificando manteniéndose la insolvencia en términos de incapacidad patrimonial (presupuesto de la quiebra en el Código de 1885). Podemos destacar la interpretación en ese sentido de GARRIGUES²¹¹, que señala la necesidad de insolvencia para la apertura del procedimiento de quiebra, entendiendo por insolvencia un incumplimiento permanente y definitivo, esto es, un patrimonio insuficiente para dar satisfacción a los acreedores.

El Código de 1885 no tardó en ser reformado. En 1897 puso remedio el legislador a un importante vicio que había sacudido la promulgación del nuevo texto en relación con los institutos concursales. El artículo 870, en su redacción original, preveía un insólito presupuesto objetivo para la suspensión de pagos, admitiendo la aplicación de la institución a un comerciante que careciera de recursos para satisfacer sus deudas íntegramente. Tal prescripción no tiene ningún sentido si atendemos al significado de la suspensión de pagos, que de por sí supone un aplazamiento de lo debido con motivo de una iliquidez coyuntural del comerciante. Así, el legislador corrigió este gran error en Ley de 10 de junio de 1897, que el Profesor BENITO²¹² describe con efectos funestos para el sistema concursal: *La tal suspensión de pagos en la forma planteada en 1885, ha sido una página triste que pone de relieve los males incalculables que producen los desaciertos del legislador. Desde esa época hasta 1897, la ley ha amparado y protegido toda especie de estafas, pues a la sombra de la suspensión de pagos, se han cometido toda clase de fraudes por los comerciantes sin conciencia, y lo que es peor todavía, por los mismos acreedores, a quienes asustaban las contingencias de un procedimiento de quiebras, que parece hecho expresamente para que los bienes del quebrado vayan a hundirse en el abismo insondable de los abogados y actuarios poco escrupulosos, que*

²¹¹ GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil* (5ª ed.), Tomo II, Madrid, Aguirre, 1969.

²¹² BENITO, L., *Las Bases del Derecho Mercantil*, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler, 1903, pág. 204.

por desgracia abundan con exceso y viven como los cuervos, alimentándose de cadáveres y haciéndolos ellos mismos para tener siempre dispuesto el festín. Parece que así, con la reforma se fue apaciguando el tema del presupuesto objetivo, respondiendo a la insolvencia total en relación a la quiebra, mientras que la situación de iliquidez se identificaba con la suspensión de pagos.

Esta convivencia pacífica de institutos concursales dedicados a los mercaderes finaliza en el año 1922, con la promulgación de la Ley de 26 de julio, de Suspensión de Pagos, vigente también hasta la Ley de 2003. Ésta se dictó bajo una aparente generalidad, cuando en realidad trataba de evitar la quiebra del Banco de Barcelona²¹³. La Ley de Suspensión de Pagos permitía, en contra de toda lógica sistemática, tramitar bajo su ámbito de aplicación situaciones de verdadera insuficiencia patrimonial (en lugar de reservarse únicamente a la iliquidez transitoria)²¹⁴. Además, se trataba de una norma que contenía aspectos tanto sustantivos como procesales, rompiendo con el ordenamiento contemporáneo, donde la diversidad de normas para tratar estos aspectos era la opción escogida por nuestra legislación²¹⁵. En resumen, se observa como la Ley de 1922 no viene sino a introducir elementos incoherentes en el sistema de quiebra comercial, que acabarían acusando el comerciante y los acreedores españoles durante largo tiempo.

Finalmente, ALEMÁN MONTERREAL trae a colación una amplia insatisfacción con el sistema concursal dimanante de estas normas, al no ser capaz de resolver las *crisis empresariales de sectores con gran trascendencia*. Esto derivó en la necesidad de aprobar disposiciones específicas para su aplicación a algunas compañías. En primer lugar, hubo que atender las crisis de las compañías de ferrocarril y otras concesionarias de obras públicas²¹⁶; y después ocurrió lo mismo con ciertas entidades

²¹³ La entidad ya estaba en suspensión de pagos.

²¹⁴ ROJO A. y BELTRÁN, E., “Regulación jurídica...” *op. cit.*, pág. 497.

²¹⁵ OLIVENCIA, M., *La terminología...* *op. cit.*, pág. 86, nota 74.

²¹⁶ Entre otras: Ley de 19 de septiembre de 1896 sobre convenios entre las compañías de ferrocarriles y sus acreedores sin llegar al estado de suspensión de pagos; Ley de 9 de abril de 1904 sobre aprobación de convenios de sociedades o empresas de canales, ferrocarriles y demás concesiones de obras públicas; Ley de 2 de enero de 1915 sobre suspensión de pagos de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras de servicio público en general.

que actuaban en los mercados financieros²¹⁷. También proliferaron en el sistema previsiones específicas sobre ciertos contratos y el alcance de la declaración que iniciaba el procedimiento²¹⁸.

5.2. Insolvencia civil

Mientras la actividad del legislador seguía generando un problema de hipertrofia normativa, falta de coherencia y estructuración en la normativa concursal anterior a la Ley 22/2003, todo ello se veía agravado o al menos complicado con la división de la disciplina según el deudor fuera comerciante o no. En función de este criterio no solo se preveían unos institutos concursales diferentes sino que éstos constaban en cuerpos legales distintos.

Así, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (Real Decreto de 5 de octubre), acoge en su Título XI los “Concursos de acreedores”, quedándose de esta forma la denominación –concurso– en el ámbito de la insolvencia civil. La dualidad deudor civil–deudor mercantil encuentra su máxima expresión en esta época, estableciéndose en textos diferentes soluciones diversas para uno y otro problema. Ante esta situación, en 1881 se intentan unificar, al menos, los textos procesales en materia de insolvencia civil y comercial. Esta empresa se consigue con una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que a pesar de regular todos los aspectos procesales del tratamiento jurídico de la insolvencia, acoge diferentes procedimientos en razón del reiterado criterio. No obstante, las reglas aplicables al concurso como proceso civil, operan supletoriamente en relación a la quiebra²¹⁹ cuando las reglas especiales previstas para esta institución no pueden dar respuesta a un problema concreto.

²¹⁷ Ya durante los primeros años de la democracia destacan: Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito de 29 de julio de 1988, Real Decreto-Ley 18/1982, de 24 de septiembre sobre fondos de garantía de depósitos en cajas de ahorro y cooperativas de crédito. Y un poco más recientemente: la reforma de la Ley del mercado de valores de 1988 del año 1998 (Ley de 16 de noviembre); Ley sobre ordenación y supervisión de los seguros privados (1995).

²¹⁸ Ley del Contrato de Seguro de 1980, Ley del Contrato de Agencia de 1992 o Ley de las Administraciones Públicas de 2000, entre otras.

²¹⁹ OLIVENCIA, M., *La terminología... op. cit.*, pág. 84.

Finalmente, la dimensión sustantiva de la disciplina concursal se vio multiplicada (duplicada una vez más) con la promulgación del Código Civil de 1889. El Título XVII de su Libro IV (“De la concurrencia y prelación de créditos”), regula el concurso de acreedores, es decir el instituto aplicable al insolvente no comerciante. Además, aparecen de la misma forma que la suspensión de pagos en el ámbito mercantil, otras figuras o procedimientos que reciben el nombre de preventivos: la quita y la espera. Su naturaleza benigna, dulcificaba los efectos del proceso sobre el deudor no comerciante, remitiéndose el Código a la Ley de Enjuiciamiento Civil para su caracterización²²⁰, que configuraba la solicitud de la quita y la espera como un derecho para aquéllos²²¹.

El artículo 1913, hoy derogado, señalaba: “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”. Con lo que parece que el presupuesto objetivo para el no comerciante, en relación a la apertura del proceso de concurso, es la insolvencia que entendemos como incapacidad de pago, no bastando la iliquidez coyuntural para abrir este instituto.

Las complicaciones dimanantes de esta hipertrofia normativa y la dificultad para sistematizar las reglas del Derecho concursal durante el siglo XX fueron enormes dado el contexto explicado. Las demandas de reestructuración del modelo concursal eran constantes; tanto es así que se concretaron en diferentes proyectos de reforma fracasados, hasta que en el año 2003 se aprueba la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal²²². La caracterización de esta norma que reagrupa, mejor dicho, refunde bajo

²²⁰ Artículo 1912 CC (derogado por la Ley 22/2003).

²²¹ Artículo 1130 LEC (derogado por la Ley 22/2003): “Todo deudor que no sea comerciante antes de presentarse en concurso, podrá solicitar judicialmente de sus acreedores quita y espera, o cualquiera de las dos cosas.

Acompañará necesariamente a esta solicitud:

1.º Una relación nominal de todos sus acreedores con expresión del domicilio de los mismos, de la procedencia y antigüedad o fecha de los créditos y del importe de cada uno de ellos.

2.º Otra relación circunstanciada y exacta de sus bienes con el valor en venta en que los estime. Sólo podrá excluir de ella los bienes que con arreglo al artículo 1449 no pueden ser objeto de embargo.

Estas relaciones serán firmadas por el deudor o por quien lo represente con poder especial”.

²²² También una Ley Orgánica, de misma fecha.

la denominación de “concurso” todos los institutos concursales estudiados (quiebra, suspensión de pagos, quita y espera) sin hacer distinciones en principio entre comerciantes y no comerciantes es una cuestión que se tratará en el próximo capítulo. Por último, en este apartado queremos citar esos intentos de reforma que durante el siglo XX no llegaron a cristalizar, y que recoge la propia Exposición de Motivos de la LCon:

– Anteproyecto de Código de Comercio, publicado en la Gaceta de Madrid de 15 de octubre de 1929, como corolario a un trabajo realizado por la Comisión General de Codificación, en virtud de la Real Orden de 10 de junio de 1926. Trataba de orientar en la distinción de los supuestos de la quiebra y de la suspensión de pagos.

– El Anteproyecto elaborado por la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos (1959) que no fue publicado oficialmente. En él se recogía una regulación conjunta, tanto los aspectos sustantivos como procesales. También ordenaba la insolvencia de comerciantes y no comerciantes²²³.

– El Anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación y publicado el 27 de junio de 1983, que se basaba en los principios de unidad legal –material y formal–, de disciplina –para deudores comerciantes y no comerciantes– y de sistema –un único procedimiento, flexible, con diversas soluciones posibles: el convenio, la liquidación y la gestión controlada–.

– Anteproyecto de Ley de Bases de 1987 por la que se delegaba en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre el concurso de acreedores.

– La Propuesta de Anteproyecto elaborada en la Comisión General de Codificación conforme a los criterios básicos comunicados por el Ministro de Justicia e Interior el 23 de junio de 1994, publicada el 15 de febrero de 1996. En ella se mantienen “los principios de unidad legal y de disciplina, pero se vuelve a la dualidad de concurso de acreedores y suspensión de pagos, sobre la base de la diferencia entre insolvencia e

²²³ Sobre este anteproyecto: FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ, C., “El Anteproyecto de Ley de concurso de acreedores de 1959”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 173-178.

iliquidez, reservando este último procedimiento, con alto grado de desjudicialización, como beneficio de deudores solventes y de buena fe”.

Tras estos intentos frustrados, tuvo lugar hace ya más de una década la esperada reforma. La génesis de esta nueva regulación, tiene su origen en la designación por el Ministerio de Justicia, de una Sección Especial de Derecho concursal dentro de la Comisión General de Codificación en el año 1996, al objeto de realizar un anteproyecto de Ley. Finalmente, estos trabajos cristalizaron en 2002 y 2003, fechas en que las Cortes Generales aprueban una Ley Orgánica²²⁴ (LORC) y una Ley Ordinaria²²⁵ (LCon). Según la Exposición de Motivos de la LCon, la reforma modifica profundamente el Derecho vigente hasta entonces, habiéndose utilizado tres elementos para ser acometida: las aportaciones doctrinales y prelegislativas realizadas en el ámbito nacional; las más recientes concreciones producidas en la legislación comparada; y los instrumentos supranacionales elaborados para la unificación y armonización del Derecho en materia concursal.

²²⁴ Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

²²⁵ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

III. LEY 22/2003 DE 9 DE JULIO

1. Contexto de la norma

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que es la norma de referencia en esta investigación, debe ser entendida en su propio contexto. Son muchas las circunstancias económicas, políticas y sociales que rodean la promulgación de una norma, máxime cuando se trata de una Ley que va a reformar toda una parcela del Derecho. No obstante, pretendiendo no hacer tediosa la contextualización, vamos a dividir esta mínima presentación de las condiciones en las que se gestó la Ley Concursal vigente en dos apartados: el contexto económico y el contexto jurídico. Ambos son los ámbitos que más nos interesan y que tienen una relación directa con el objeto de estudio.

1.1. Contexto económico

Pese a la proximidad temporal con la promulgación de la Ley, que es una Ley joven aunque parece más antigua dado su continuo uso, el dibujo económico de España era totalmente diferente al actual. Estando inmersos, o saliendo –según se prefiera– de la crisis económica, nos parece difícil mirar atrás y concebir un país donde la situación económica y financiera no era desastrosa. Hoy se habla ya de una “generación perdida” en términos de oportunidades, o de niños que no han vivido otro contexto que el de un escenario precario desde el punto de vista financiero. Sin embargo existió, y no hace mucho, un Estado que mantenía una línea ascendente y que no desentonaba tanto con respecto a lo que se espera de un país desarrollado, inserto y con una posición de cierto peso específico dentro de la Unión Europea. Lo que ha pasado desde entonces responde a razones políticas, económicas y también culturales sin duda. No obstante, tratamos de mostrar en algunos datos cómo era económicamente España en el periodo en que se acometió una empresa jurídica de vastas dimensiones: la promulgación de una nueva Ley Concursal.

En el año de referencia, 2003, la economía española gozaba de una salud que no podía, al menos a los no expertos en economía, avisarnos de la crisis económica que estaba por venir. Seguramente esta buena salud financiera se refiriera solo a las

magnitudes macroeconómicas y no a las prácticas que se estaban dando en el mercado, y que a la postre determinarían o agravarían la crisis.

La economía española mantuvo en 2003 un comportamiento diferente a la tónica general de la Unión Europea. La tasa de crecimiento del Producto Interior Bruto (PIB) aumentó en nuestro país gracias al consumo y al sector de la construcción, en contraste con la marcha del conjunto de la Unión, que seguía en el camino de una desaceleración iniciada en el año 2001. Con la vista puesta en el PIB entonces se decía: *el registro de 2003 supone el décimo año consecutivo de avance de la economía española tras la recesión de 1993, y permite aumentar el diferencial de crecimiento con la zona euro hasta dos puntos porcentuales, nueve décimas más que en 2002*²²⁶. Efectivamente, el dinamismo de la economía española en aquel año arrojó una tasa de crecimiento del PIB del 2,4%. Si comparamos este indicador con el dato de años posteriores, podremos comprender con más facilidad cómo estaba entonces nuestra economía, contrastando las cifras que quizá *per se*, no son tan descriptivas:

Año	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Tasa Crecimiento PIB (en %)	3,2	3,2	3,7	4,2	3,8	1,1	-3,6	0,01	-0,6	-2,1	-1,2	1,4

Fuente: INE²²⁷; Elaboración propia.

La construcción fue el sector donde más se dejaba ver este crecimiento (3,6%), por encima incluso de los servicios (2,1%). El ritmo de desarrollo tanto de éstos como de los demás sectores fueron inferiores a los registrados en el año 2002, sin embargo, se mantenía el crecimiento económico, que incluso habría de aumentar en años inmediatamente posteriores (antes del desplome). La industria mejoraba ligeramente su progresión (con datos similares a los del sector energético) pero seguía en un clima de

²²⁶ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 2003*, aprobada en la sesión ordinaria del Pleno del Consejo Económico y Social, celebrada el 31 de mayo de 2004, pág. 79.

²²⁷ Instituto Nacional de Estadística: http://www.ine.es/prensa/pib_tabla_cne.htm. De los dos últimos años solo constan datos provisionales, siendo el de 2014 un 1,4%, y el de 2015 un 3,2%.

falta de competitividad (1,3%), mientras que en la agricultura y pesca el porcentaje descendía al 0,7%²²⁸.

Este crecimiento nos hacía andar en la senda de la convergencia real con el resto de Estados de la Unión Europea. Según datos de la Subdirección General de Análisis y Estrategia, en 2003: *por componentes de la demanda interna, tanto el consumo público como el privado han aumentado, un 3 por 100 el primero y un 4,6 por 100 el segundo siendo destacable el crecimiento de la inversión, en contraste con lo sucedido en otros países europeos, en 2,5 por 100, dos puntos por encima que en 2002, consecuencia del mejor tono de la demanda de bienes de equipo (...)* La estabilidad de la demanda interna puede explicarse por los bajos tipos de interés unidos a las reformas fiscales llevadas a cabo en el país así como por unas mejores perspectivas del mercado de trabajo. Respecto a la demanda externa, contribuye negativamente al crecimiento en 1 punto, al haber crecido menos las exportaciones que las importaciones²²⁹.

Adicionalmente, se pueden aportar algunos datos más:

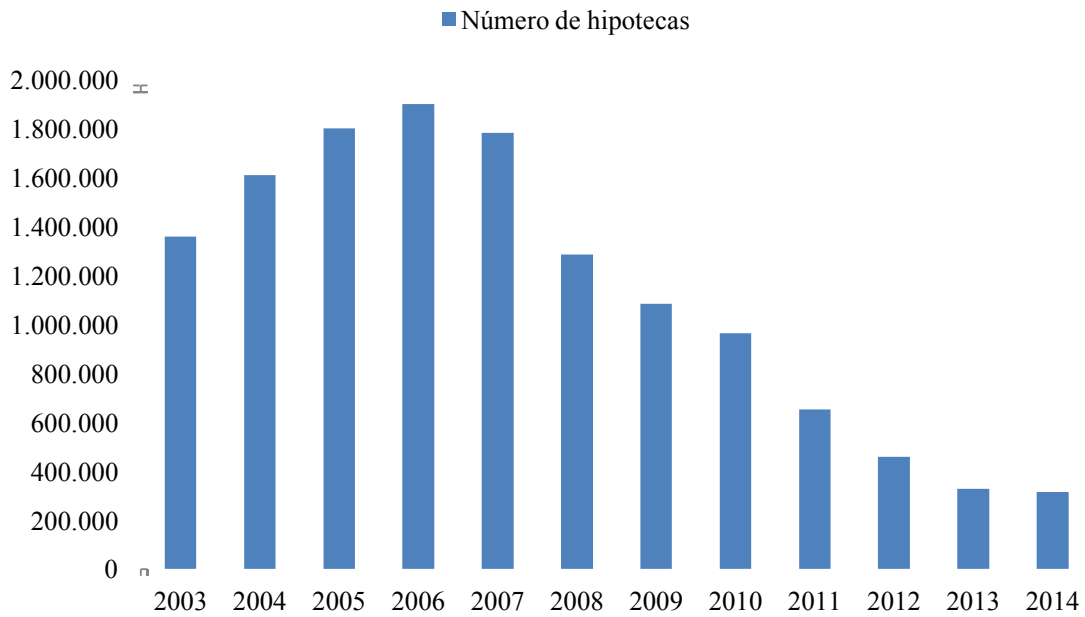
– En el ámbito de la ocupación laboral, la situación también mejoró con un descenso de la tasa de desempleo que se situó en el 11,3%, muy por debajo del 26,36% al que se llegó en el año 2013²³⁰.

– En cuanto al mercado hipotecario, el siguiente cuadro resume el número de hipotecas totales y el importe de las mismas en los últimos años. Sin mayores valoraciones sobre el papel de este indicador en la génesis de la crisis, resulta interesante observar cómo ha cambiado la demanda y concesión de este instrumento.

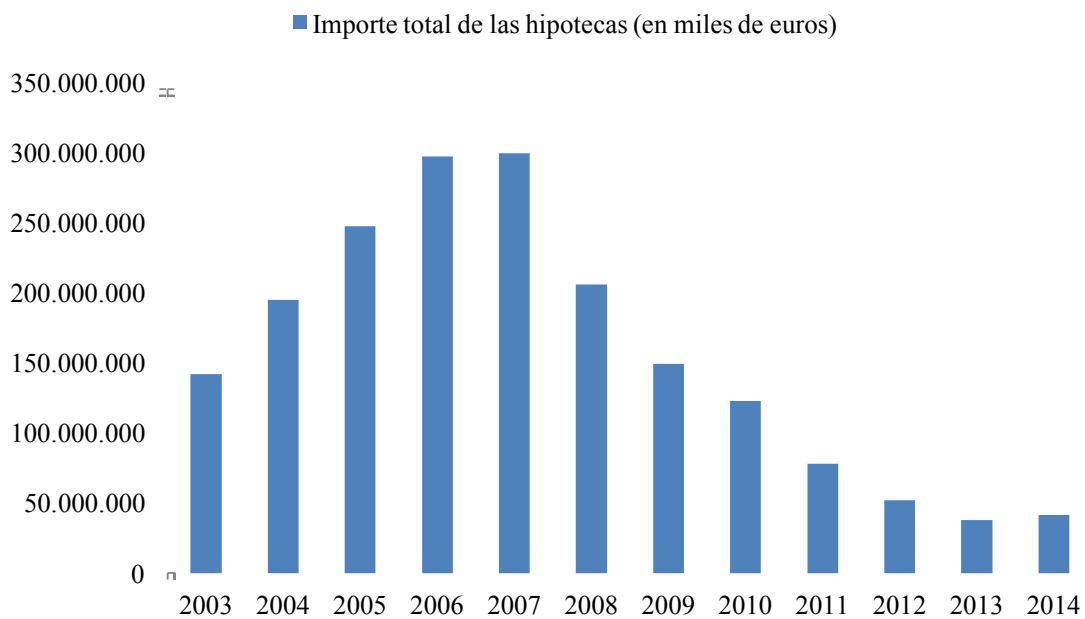
²²⁸ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Memoria sobre... op. cit.*, págs 78 y ss.

²²⁹ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ANÁLISIS Y ESTRATEGIA, “Situación económica de la zona euro en 2003”, *Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española*, nº 2800, Ministerio de Economía y Competitividad, 2004, pág. 7.

²³⁰ Instituto Nacional de Estadística: <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=697>



Fuente: INE²³¹; Elaboración propia.



Fuente: INE²³²; Elaboración propia.

– El Superávit español alcanzó el 0,3%²³³.

²³¹ Instituto Nacional de Estadística: <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3216>

²³² *Ibidem*.

Por tanto, el contexto económico en que se desarrolló la aprobación de nuestra última Ley Concursal era relativamente relajado, sin que se presagara el desastre financiero posterior. De esta forma, el legislador preparó un texto sobre insolvencia en un momento en que la falta de medios ante una pluralidad de acreedores no era un problema acuciante. De hecho, la promulgación de la Ley respondía más a la demanda de clarificar una parcela tan importante del Derecho y con hondas implicaciones para el Derecho de obligaciones, que a la necesidad social de legislar en materia de concurso. No obstante, la evolución económica hizo aplicar la norma en infinidad de casos, dejando al descubierto numerosas disfunciones del nuevo sistema. Algunas de ellas eran sin duda producto de la incapacidad de la Ley, redactada en momentos de “bonanza económica” de adaptarse a un periodo de recesión sin precedentes. En este sentido, las múltiples reformas que se han hecho de la Ley 22/2003 han tratado de hacer converger la normativa y la realidad social, en una difícilísima tarea de adaptación *ad hoc*.

1.2. Contexto jurídico

Antes de describir las demandas a las que respondía la Ley en el momento de su promulgación, cabría preguntarse por el papel de la normativa concursal, es decir, ¿qué repercusiones tiene en la sociedad el tratamiento jurídico de la insolvencia? VAN HEMMEN ALMAZOR ha expuesto de manera brillante la cuestión: *La legislación concursal es una pieza importante en el sistema económico y financiero de cualquier país. Por una parte, provee un mecanismo ordenado para la toma de decisiones cuando los contratos de financiación no han previsto qué hacer en caso de insolvencia generalizada. Por otra, regula la salida del mercado de aquellas empresas cuyo valor actual de sus recursos es inferior al de liquidación. Asimismo, establece reglas para la distribución de los costes causados por la insolvencia, lo que influye en las decisiones de financiación desde el momento mismo en que se producen. A nivel agregado, la legislación concursal contribuye a determinar las características de los mercados financieros (esto es, la «arquitectura financiera»): el tamaño relativo del crédito bancario y de los mercados de capital, la proporción de créditos concedidos con garantía real, la canalización de recursos a través de los mecanismos de capital-*

²³³ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ANÁLISIS Y ESTRATEGIA, “Situación económica...” *op. cit.*, pág. 7.

*riesgo, entre otras*²³⁴. Destacando el papel de la normativa concursal como un elemento básico del ordenamiento jurídico y de la paz social en general, siendo un instrumento que resuelve importantes problemas para el justiciable, podemos recibir con más conciencia las críticas sobre la legislación anterior a 2003 formuladas por la doctrina y el legislador; o bien las demandas a las que trataba de responder la reforma.

En el ámbito jurídico concursal previo a la Ley que estudiaremos, el descontento era generalizado. Ningún sector social o doctrinal podía valorar positivamente la respuesta del procedimiento concursal como solución a la insolvencia. De nuevo, VAN HEMMEN ALMAZOR²³⁵ señala que las dificultades encontradas en la aplicación del sistema concursal previo a la reforma tenían su fundamento en los grandes costes del procedimiento, que aconsejaban buscar un remedio extrajudicial, argumentando que España tenía por este motivo un número de procedimientos abiertos inferior a los del resto de Estados industrializados. Además, en un instituto jurídico de estas características, que debe regir una situación de crisis donde no se puede esperar una respuesta coordinada de los acreedores, ni en general de ningún sujeto del proceso ya que todos tienen una visión parcial e interesada de la cuestión, se plantean importantes problemas de fondo. En concreto, se expone la coexistencia de dos objetivos contradictorios siendo el primero el traslado a los acreedores del control sobre los activos; y el segundo la continuidad empresarial. En ese sentido la materialización del primero se ha desarrollado a través de acciones de recuperación (en favor de acreedores privilegiados), que acababan por mutilar el conjunto productivo, con la consiguiente reducción de posibilidades de mantener viva la actividad económica.

Por su parte, dice la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 que ésta “persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el Derecho patrimonial español”. Así se inicia el texto que es la principal referencia de esta investigación. Desde luego que la Ley trata de obtener un cambio sustancial en la normativa, dados los defectos que le atribuye a la legislación vigente hasta su promulgación: “arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados

²³⁴ VAN HEMMEN ALMAZOR, E., “Análisis institucional y económico de la nueva Ley Concursal”, *Estabilidad Financiera*, nº 6, 2004, pág. 189 y ss.

²³⁵ *Ibidem*.

intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente”²³⁶. Si seguimos con el razonamiento del legislador, estos problemas que castigan al sistema concursal español, estaban provocados por una deficitaria técnica legislativa en el periodo de la codificación, con la dualidad de códigos (civil y de comercio) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (1881) como texto base en materia procesal-concursal. Otros elementos que influyen negativamente en la valoración del ordenamiento pre Ley Concursal de 2003 son: la multiplicidad de procedimientos concursales; las diferencias en el trato del deudor civil y mercantil; la continuidad de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 pese a ser promulgada con carácter provisional para resolver la situación del Banco de Barcelona; la vigencia, por remisión de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que era anterior al Código de Comercio de 1885, texto vigente en materia concursal hasta 2003), de normas contenidas el Código de Comercio de 1829, etc.

Nuestro legislador califica con dureza el sistema concursal en vísperas de su reforma y se lamenta de no haber sabido reducir las disfunciones del ordenamiento en este ámbito. La iniciativa estaba guiada por tanto, por la idea de dotar al sistema de actualidad, flexibilidad y coherencia, huyendo también del carácter represivo de la institución aplicada a los comerciantes y en definitiva, del perfil altamente complejo e intrincado que había tomado la disciplina. En 2003, con la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal se trató de simplificar²³⁷ y poner orden donde no lo había.

2. Análisis de presupuestos

Uno de los primeros elementos importantes que se han de analizar es la causa o causas para que se inicie el concurso, o más exactamente, las condiciones que deben darse para que la institución pueda operar y tenga efectos sobre la esfera obligacional

²³⁶ Exposición de Motivos (I), LCon.

²³⁷ En este sentido, VELEIRO REBOREDO, B., “La profesionalización del procedimiento concursal”, *Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española*, nº 2816, Ministerio de Economía y Competitividad, 2004, pág. 1000.

del deudor. Estas “condiciones” son los presupuestos necesarios para que el concurso de acreedores sea declarado por un Juez. La determinación de estos requisitos y su prueba ha sido una preocupación y un foco de debate doctrinal y jurisprudencial desde siempre. En todo sistema concursal se ha dudado sobre la situación fáctica que activa el Derecho concursal, con grandes discusiones terminológicas sobre la insolvencia y otros aspectos básicos de esta rama del ordenamiento. En relación a la Ley actual, podemos distinguir principalmente entre presupuesto subjetivo y presupuesto objetivo del concurso, aunque también hablaremos más adelante de un presupuesto formal.

2.1. Presupuesto subjetivo: la personalidad²³⁸

a) Consideraciones generales

En principio, hay que señalar que es arriesgado hablar de presupuesto subjetivo puesto que en puridad éste debería identificar a cierta clase de personas que son susceptibles de ser declaradas en concurso; sin embargo, la intención de la “nueva” regulación es inicialmente la misma para cualquier deudor. De manera que, teóricamente, cualquiera puede entrar en concurso. El único requisito que exige la LCon en su artículo primero es el de la personalidad, ya sea física o jurídica. Por tanto, aunque se excluya del ámbito de esta regulación tan solo a una pequeña parte de las entidades existentes, si queremos ser exhaustivos, no llega a perder su sentido la delimitación de un presupuesto subjetivo pese a la vocación de la norma de tener una aplicación general en este ámbito.

El presupuesto subjetivo queda formulado de manera general en términos de personalidad (física o jurídica) en el artículo 1.1 LCon, dejando los dos apartados siguientes para perfilar la inclusión de dos casos que pueden presentar a priori dificultades. Son dos importantes supuestos que el legislador ha decidido tratar como excepción al criterio de la personalidad como elemento delimitador del presupuesto subjetivo del concurso de acreedores:

²³⁸ Hemos tenido oportunidad de publicar este estudio, cumpliendo el requisito necesario para la defensa de la investigación doctoral en: GARCÍA ESCOBAR, G. A., “Presupuesto subjetivo del concurso en el Derecho español: el caso de la sociedad irregular”, *Revista crítica de Derecho privado*, nº 12, Volumen 1, 2015.

– *El concurso de la herencia* (art. 1.2 LCon)²³⁹. Se trata de la inclusión de la herencia yacente o aceptada a beneficio de inventario dentro de los entes susceptibles de ser declarados en concurso. Ésta es una exigencia lógica en favor de los acreedores, puesto que no es razonable que las deudas de una persona queden canceladas por el fallecimiento de la misma. El patrimonio del causante responde de esos créditos contraídos en vida, y por consiguiente, cabe la posibilidad de declarar en concurso una herencia. Sin embargo, si la herencia ha sido aceptada pura y simplemente por su heredero, dada la confusión entre el patrimonio de éste y el del causante, y la responsabilidad adquirida por el heredero de satisfacer todas las deudas del fallecido, no se podrá declarar en concurso a la herencia. En cambio, ya que la transmisión del patrimonio no ha sido solo en concepto de activo sino también del pasivo del mismo, si el heredero no pudiera hacer frente a las nuevas deudas adquiridas, podrá entrar en concurso como consecuencia de haber aceptado más créditos de los que su patrimonio podía soportar.

– *Entidades de Derecho público* (art 1.3 LCon). Se exceptiona de la posibilidad de entrar en concurso a las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de Derecho público (no entran en este apartado las sociedades mercantiles y cooperativas cuyo capital pertenece a la Administración Pública)²⁴⁰. Esta excepción podría tener sentido en virtud de los importantes cometidos que la administración pública lleva a cabo y que le permiten un grado de endeudamiento considerable (aunque quizá no recomendable como podemos comprobar en estos momentos). Lo que cuesta más entender es que el legislador no haya establecido un sistema especial para estas entidades o bien no haya permitido que se acojan al concurso voluntario. Resulta muy complicado acabar con el despilfarro público sin contar con mecanismos de rápida actuación y que permitan corregir o suprimir las Administraciones Públicas ineficientes²⁴¹. Sin querer dar un sentido político a este

²³⁹ Sobre la disciplina del concurso de la herencia, *vid*: CAZORLA GONZÁLEZ, M. J., *El concurso de la herencia*, Madrid, Reus, 2007.

²⁴⁰ VIGUERA RUBIO, J.M., “Los presupuestos del concurso”, *Derecho Mercantil II* (coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), Madrid, Marcial Pons, 2010, págs. 848-849.

²⁴¹ Con el ejemplo de la ciudad de Detroit en Estados Unidos, VICENT CHULIÁ reclama (de nuevo) la posibilidad de permitir *la ejecución concursal de los bienes y derechos embargables de los municipios si no se cumple un plan riguroso de saneamiento y sometiendo a los gestores públicos al rigor del concurso, superando en lo necesario la división Derecho público-Derecho privado*. VICENT CHULIÁ.

trabajo, aunque tampoco huyendo de él, habría que decir que la multiplicación de la Administración (no siempre la estatal), no ha ido aparejada por un control efectivo, real y diario del gasto público. El gran problema económico y financiero que está atravesando España tiene que ver con negligencias en muchos espacios, pero sin duda en el sector público se han dado algunas de los más sangrantes. En la mezcla resultante de los fallos propios del mercado y la inclusión de políticas socialdemócratas en una economía descaradamente capitalista, no se ha encontrado de momento la combinación necesaria para cimentar una política económica con un gasto público controlado y eficiente.

Por otro lado, existen supuestos en los que la operatividad de la Ley Concursal no es tan clara puesto que no cuentan con menciones expresas en la LCon. Baste aquí señalar que la doctrina se pregunta sobre casos como el de las comunidades de bienes y fondos de pensiones o masas similares (dado que no cuentan con personalidad jurídica). También se ha dudado sobre la posibilidad de declarar en concurso un grupo de sociedades, en los que cada empresa que mantiene personalidad propia pero no deja de estar sometida al control de la sociedad dominante. En puridad, no cabe declarar en concurso al grupo, no obstante, la LCon ha mantenido algunas precauciones en estos casos, con el objetivo de evitar abusos por parte de esta figura societaria (acumulación de los concursos de las sociedades filiales al concurso de la sociedad dominante²⁴², la posibilidad de imponer responsabilidad a la sociedad dominante por su dirección sobre la filial en concurso, consideración de los créditos del grupo como subordinados²⁴³, etc.). Además, en la reforma del sistema concursal del año 2011 se introdujo una serie de ajustes a este respecto: *se establecen en los artículos 25 y siguientes una serie de reglas procesales de coordinación para la tramitación conjunta de concursos cuando*

F., “Desapalancamiento y Ley Concursal: en torno a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de refinanciación”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 22, 2015, págs. 23-24.

²⁴² Artículo 25.1 LCon.

²⁴³ Arts. 92 y 93 LCon.

*exista conexión entre ellos, permitiendo incluso la consolidación de inventarios y listas de acreedores a los meros efectos de elaborar el informe*²⁴⁴.

b) Especial referencia a la sociedad irregular

Hasta aquí se ha podido entender que el presupuesto subjetivo del concurso es la personalidad física o jurídica, y que viene regulado en el artículo 1 LCon, cuyo tenor literal señala dos excepciones a la regla general: la herencia yacente, para incluirla entre los sujetos que se pueden acoger al régimen concursal; y las entidades de Derecho público, para excluirlas de tal grupo. En este sentido, y suponiendo que el legislador ha tomado en consideración todas las posibilidades antes de introducir algo tan importante en las normas concursales como su ámbito subjetivo, no cabe reconocer en principio más posibilidades que las señaladas en el citado artículo 1 LCon. Resulta lógico pensar, que si la letra de la norma ha establecido dos supuestos en los que no funciona la regla general de la personalidad para incluir a una entidad bajo el paraguas de la Ley, la intención de los poderes públicos era que para el resto de casos (todos ellos), esta regla general tuviera plena operatividad.

Pero, ¿qué tiene esto que ver con la sociedad irregular? Veremos que se trata de un caso que debemos destacar por las complicaciones técnicas que supone a este respecto y por el interés que ha suscitado en la doctrina al hilo de la legitimación pasiva concursal. Para poder hacerlo es necesario fijar algunas cuestiones básicas. Sin ser conveniente realizar un ensayo de una materia no concursal, y con un simplismo quizá excesivo, cabe decir que la sociedad irregular es aquella sociedad que no ha cumplido con los requisitos formales previstos en el ordenamiento societario (la escritura pública de constitución y su inscripción en el Registro Mercantil –RM–). Para calificarla de este modo, además es necesaria la constatación de “la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción”²⁴⁵. Ahora bien, poniendo en relación esta institución jurídica con el presupuesto subjetivo del concurso, dudamos si la LCon permite o

²⁴⁴ HURTADO, S., “La Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal: Modificaciones esenciales introducidas”, *www.diariojuridico.com*, 02/01/2012.

²⁴⁵ Artículo 39 LSC, que con tales notas distintivas diferencia la sociedad irregular de la sociedad en formación.

prohíbe el concurso de la sociedad mercantil irregular. La jurisprudencia y la doctrina nos proporcionan los elementos interpretativos para pronunciarnos en uno u otro sentido, pudiendo distinguirse varias posiciones con respecto al tema.

La primera y más seguida se encamina a considerar “conkursable” a la sociedad irregular. Para admitir la posibilidad de declarar la apertura del procedimiento en relación a una sociedad irregular, se han esgrimido diversos argumentos en un largo proceso hermenéutico sobre la naturaleza de aquélla. En concreto, ha ocupado un papel preponderante la negación o afirmación de la personalidad jurídica de la sociedad irregular a la hora de considerar plausible su declaración en concurso. La cuestión no es de nuevo cuño, sino que se ha venido planteando incluso antes de la promulgación de la LCon. El recorrido cronológico por este problema del concurso de la sociedad irregular ha sido realizado por algunos autores²⁴⁶, pudiéndose reconstruir qué fases ha atravesado el estado de la cuestión para llegar hasta la actual concepción.

En un primer momento –antes de la entrada en vigor del sistema concursal actual–, la consideración general era que la sociedad irregular adolecía de personalidad jurídica dada su falta de inscripción. Señala VALPUESTA GASTAMINZA²⁴⁷ que esta postura se basaba en cuatro ideas principales surgidas a partir de cierta interpretación del Código de Comercio: el pacto de constitución de la sociedad obliga a los socios entre sí (arts. 24 y 117 C. de c.); la sociedad no adquiere personalidad hasta su inscripción (art. 116. 2 C. de c.); los contratos suscritos por la irregular son inválidos (art. 118 C. de c.); y son los gestores quienes responden de esos contratos (art. 120 C. de c.). Estas tesis eran defendidas entre otros por el Profesor GARRIGUES, que negaba tanto la personalidad de la sociedad irregular²⁴⁸, como la posibilidad de iniciarse un procedimiento de concurso, entonces de quiebra²⁴⁹. No obstante, la posición en que podían quedar los terceros contratantes con este tipo de entidades, suponía un peligro

²⁴⁶ Por todos, VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso de la sociedad irregular*, Madrid, La Ley (monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal), 2005; y PARRA LUCÁN, M. A., “Presupuesto subjetivo del concurso de acreedores”, *Aspectos civiles del Derecho concursal*, Universidad de Murcia, 2009, págs. 67-194.

²⁴⁷ VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso... op. cit.*, pág. 22.

²⁴⁸ GARRIGUES, J., “Teoría general de las sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 142, 1976, págs. 233 y ss.

²⁴⁹ GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil* (3ª ed.), Madrid, Silverio Aguirre, 1960, pág. 334.

manifiesto de impago a los mismos, vaticinado según VALPUESTA GASTAMINZA por el Profesor LANGLE²⁵⁰ antes que por ningún otro. Estas dudas sobre la protección de quien hacía negocios con una sociedad irregular, provocó la revisión de GIRÓN TENA, quien inició una nueva corriente sobre la cuestión. Este autor estudiaría el tema señalando que *el argumento dogmático que hace deducir la personalidad de la publicidad es inaceptable*²⁵¹. Las teorías de GIRÓN TENA pasan por otorgar a la sociedad irregular personalidad jurídica, no dependiendo ésta de la publicidad registral sino de la publicidad de hecho. A partir de aquí los contratos celebrados por la misma tendrán validez, sin embargo, a la responsabilidad de la sociedad se sumará la de los gestores de manera subsidiaria (y no sustitutiva), aplicando el mecanismo de la conversión, consistente en el tratamiento de la sociedad limitativa de la responsabilidad de los socios no inscrita como una sociedad donde los mismos responden en segunda instancia de los contratos suscritos por la irregular.

Esta nueva interpretación fue abonada, en línea con el sector doctrinal que trataba de variar la concepción clásica, con la promulgación Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA). Éste incluía en su artículo 16 un tratamiento específico de la sociedad irregular, cuyo segundo apartado admitía la conversión al prever la aplicación de las reglas de la sociedad colectiva o, en su caso, de la sociedad civil²⁵². Se trata de un precepto que ha pasado casi en idénticos términos al Derecho vigente, a través del artículo 39.1 de la Ley de Sociedades de Capital²⁵³. Así, la solución dada por

²⁵⁰ LANGLE, E., “La compañía mercantil irregular”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 25, 1950, pág. 27.

²⁵¹ GIRÓN TENA, J., “Las sociedades irregulares”, *Anuario de Derecho civil*, Volumen 4, nº 4, 1951, págs. 1331-1332.

²⁵² Artículo 16 LSA: “1. Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones. 2. En tales circunstancias, si la sociedad ha iniciado o continua sus operaciones, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. El apartado 3 del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la sociedad”.

²⁵³ Artículo 39.1 LSC: “Una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones”.

la doctrina al tema del concurso de la sociedad irregular ha pasado por entender que ésta tiene en algún grado personalidad jurídica propia. Con ello se ha argumentado que en el sistema concursal actual se ha sustituido la extensión del concurso a los socios de la misma por la posibilidad para la administración concursal de ejercitar la acción contra los socios del artículo 48 bis.1, por aquellas deudas de la sociedad de las que éstos deban responder en razón de la aplicación de las reglas de la sociedad colectiva. Consecuentemente, la situación de insolvencia de los socios no es un requisito para iniciar el procedimiento²⁵⁴, en tanto que se contempla una clara separación (que no incomunicación dado que los socios son responsables subsidiarios) entre el patrimonio de la irregular y el de sus socios.

Dentro de esta postura mayoritaria, VALPUESTA GASTAMINZA²⁵⁵ se inclina claramente por admitir la personalidad jurídica de la sociedad irregular, dejando a un lado otras justificaciones para el concurso de la sociedad irregular, como podría ser la creación de categorías ficticias o grados dentro de la personalidad jurídica (la completa sería para sociedades de capital y la mínima para las sociedades personalistas). Con buen criterio escapa de estas ideas señalando que la personalidad puede existir o no existir en relación a un sujeto, sin más matices. A este respecto, nos trae el autor un concepto de personalidad jurídica amplio, adquiriéndose tal condición con la publicidad de hecho o bien con el acuerdo de creación de la sociedad externa. Por tanto, siendo una entidad que se presenta como independiente y contrata con terceros, deberíamos desde esta óptica admitir que la sociedad no inscrita tiene personalidad jurídica, para no perjudicar a los terceros contratantes. Utiliza VALPUESTA GASTAMINZA un segundo argumento²⁵⁶ para admitir la concursalibilidad de la sociedad irregular y lo hace sobre la base de la propia Ley Concursal, entendiendo que si bien en el ordenamiento anterior pudieron suscitarse dudas al respecto, la norma de 2003 ha terminado por despejarlas. En concreto, hace alusión a dos preceptos de la LCon, los artículos 24.2 y 105.1.3º. El segundo se refería a las prohibiciones para proponer convenio anticipado y ha sido eliminado de la Ley; mientras que el primero, sobre la publicidad registral, mantiene la idea que aquí nos interesa aunque haya variado su

²⁵⁴ MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso de las sociedades*, Madrid, Iustel, 2004, pág. 163.

²⁵⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso... op. cit.*, págs. 35 y 75.

²⁵⁶ VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso... op. cit.*, pág. 73.

literalidad o sistemática en los últimos años. La redacción actual del art. 24.2 LCon dice refiriéndose al Registro Mercantil: “Cuando no constase hoja abierta a la entidad, se practicará previamente la inscripción en el Registro”; con lo que parece admitirse la posibilidad de iniciar el procedimiento con respecto a una entidad no inscrita. A éstos, podríamos sumar tras las numerosas reformas de la normativa concursal el artículo 232 LCon, que en materia de acuerdo extrajudicial de pagos dispone en su apartado tercero sobre el Registrador Mercantil y la solicitud de dicho instituto preconcursal: “procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito”.

Pero la doctrina no solo se ha basado en la Ley Concursal para determinar la posibilidad de concursar de las irregulares, sino que también ha buscado apoyo en otras disposiciones. Particularmente, FERNÁNDEZ DE BILBAO²⁵⁷ se hace eco de cómo el artículo 322.3 RRM²⁵⁸ recoge la necesidad de inscribir a aquella sociedad que habiendo sido declarada en concurso, no se encuentra inscrita en el RM. Por otro lado, VIGUERA RUBIO²⁵⁹ tras expresar dudas sobre el tema, parece inclinarse por la posibilidad de considerar dentro del ámbito de la LCon a las sociedades irregulares. Para ello, trae a colación además de las disposiciones del Reglamento del Registro Mercantil, las de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que reconocen a las entidades de las que hablamos capacidad procesal pasiva en su artículo 6.2. Sin embargo, aquí debemos estar de acuerdo con PARRA LUCÁN, que explica el citado precepto como una norma procesal que trata de imponer una “sanción” a las entidades que no han observado las formalidades necesarias, haciéndolas depositarias de la condición de demandadas en un proceso, pero no reconociéndoles la de demandante. Se trata de una disposición que pretendía en materia societaria dar cierta protección a los terceros que mantuvieran negocios jurídicos con las sociedades irregulares (a sus acreedores en definitiva). No obstante, en el ámbito concursal, impedir el concurso voluntario no proporciona más protección a los acreedores, sino todo lo contrario. En cualquier caso, si nos alineamos con la posición doctrinal que admite la personalidad jurídica de la sociedad irregular,

²⁵⁷ FERNÁNDEZ DE BILBAO, J., “Comunidad de bienes y Sociedades civiles para empresa. La sociedad irregular”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho*, año X, nº 22, 2011, pág. 70.

²⁵⁸ Reglamento del Registro Mercantil, tras la redacción que introdujo el artículo 10.7 del Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales y por el que se modifica el RRM, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio.

²⁵⁹ VIGUERA RUBIO, J. M., “Los presupuestos...” *op. cit.*, págs. 850-851.

estamos otorgando a la misma la capacidad de ser tanto sujeto activo como pasivo en el procedimiento. Todo lo demás como dice la autora, sería una aplicación preferente y no supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil con respecto a la Ley Concursal^{260,261}.

Incluso encontramos ejemplos en la jurisprudencia sobre la inclinación por esta opción de considerar a la sociedad irregular como una entidad susceptible de concursar. Así se admite, de forma indirecta pero muy clara en Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de octubre de 2011²⁶² citando expresamente la necesidad de aplicar las reglas de la sociedad colectiva. Este pronunciamiento sigue la línea marcada por los Jueces de lo Mercantil, tras el primer encuentro de la especialidad mercantil²⁶³, cuya conclusión segunda reconoce expresamente esta posibilidad²⁶⁴. Por tanto se trata de una opción interpretativa que goza de una importante aceptación por diferentes operadores jurídicos.

No obstante, encontramos otros autores que aun admitiendo la concursabilidad de la sociedad irregular, tienen dificultades para reconocer su personalidad jurídica. En este sentido, tienen que acudir a otros argumentos para justificar su inclusión entre los sujetos concursables. Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (R.)²⁶⁵ califica sin ambigüedad a la sociedad irregular como una entidad sin personalidad jurídica, pero traslada la argumentación en sede concursal a la *existencia de un patrimonio con propia autonomía dentro del tráfico jurídico. Por lo que a las sociedades se refiere, lo importante es la existencia de una organización, con un patrimonio colectivo o común, dedicada al suministro de bienes y servicios*. En su opinión, no son obstáculos para la

²⁶⁰ PARRA LUCÁN, M. A., “Presupuesto subjetivo...” *op. cit.*, págs. 146-148.

²⁶¹ La capacidad concursal activa y pasiva para la sociedad irregular también es reconocida desde los inicios de la LCon por: ROJO, A., “Presupuesto subjetivo (art. 1)”, *Comentario de la Ley Concursal* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Tomo I, Madrid, Civitas, 2004, pág. 151.

²⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28), nº 303/2011 de 14 de octubre (JUR/2011/415651), FD 3º.

²⁶³ Celebrado en Valencia los días 9 y 10 de abril de 2004.

²⁶⁴ Recoge esta circunstancia, entre otros: GÓMEZ MARTÍN, F., “Doctrina de los Juzgados de lo Mercantil en sede concursal”, *Estudios de Deusto*, Volumen 55, nº 1, 2007, pág. 374.

²⁶⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004, págs. 30-31.

declaración de concurso de la irregular ni la existencia de personas que deban responder personalmente de sus deudas, ni la falta de personalidad de la sociedad.

Por su parte, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE²⁶⁶ tampoco dudaba al promulgarse la Ley Concursal que la sociedad irregular se trataba de un ente sin personalidad jurídica; sin embargo entendía que esto no era óbice para predicar una “personificación” de aquélla frente a terceros. Este ejercicio de pragmatismo permitía admitir el concurso de la sociedad irregular, a pesar de negar su presupuesto subjetivo en relación a la misma (la personalidad jurídica), en virtud de esa personificación frente a terceros.

En este grupo de autores que expresan algunas dudas o bien sobre la personalidad jurídica de la sociedad irregular y sus implicaciones en la esfera concursal, o bien en la propia “concurabilidad” de éstas, podemos incluir también a CONDE FUENTES, que al analizar la cuestión al hilo de lo que expone el Profesor ROJO, señala: *Sin embargo, no tenemos por menos que reconocer que la solución no parece definitiva, por cuanto concretos preceptos de la Ley Concursal parecen suponer, a priori, la existencia de la personalidad jurídica, al menos en lo que respecta a la capacidad concursal pasiva*²⁶⁷.

Finalmente identificamos una postura doctrinal más, mantenida por muy pocos, pero que entendemos es la interpretación más fiel a las intenciones del legislador y en parte a la naturaleza de las instituciones que analizamos. En nuestra opinión, la sociedad mercantil irregular no debiera ser susceptible de declaración de concurso dado que no cumple el presupuesto subjetivo marcado por el artículo 1 LCon, esto es, la personalidad jurídica, de la que carece mientras falte el requisito formal de la inscripción en el RM, cuyo carácter es constitutivo²⁶⁸. Si bien conocemos, y hemos

²⁶⁶ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Artículo 1.1: Presupuesto subjetivo”, *Comentarios a la legislación concursal* (dirigido por SÁNCHEZ CALERO, F. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Tomo I, Valladolid, Lex Nova, 2004, págs. 64-65.

²⁶⁷ CONDE FUENTES, J., *Los sujetos en el proceso concursal*, Pamplona, Aranzadi, 2014, pág. 278.

²⁶⁸ Aunque tal visión tenga menos apoyos doctrinales hoy en día, en el contexto de la ya derogada quiebra contaba con un soporte muy relevante, cual es una cita de absoluta autoridad: URÍA, R., “Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 4 (julio-agosto), 1946, págs. 12-19.

puesto de manifiesto, que la interpretación mayoritaria es otra (llegando incluso a sede judicial), existen razones suficientes para determinar que se trata de una interpretación *contra legem*. La doctrina y seguramente la práctica judicial viene manteniendo a la sociedad irregular como un sujeto que puede entrar en concurso, pero no es esto lo que discutimos, sino la propia interpretación. Para ello, exponemos algunos de los criterios que nos han llevado a tal conclusión:

– La personalidad jurídica de la sociedad mercantil es una ficción jurídica que ha permitido el desarrollo de la economía y la sociedad en general. Su adquisición depende de un acuerdo de voluntades entre las partes, pero sobre todo –como hemos adelantado– de la inscripción de la misma en el Registro Mercantil. La limitación de la responsabilidad de los socios en las sociedades mercantiles es una invención del Derecho que ha permitido acometer las empresas más impensables dado el capital que han conseguido reunir estos tipos societarios. Sin embargo, el estatuto jurídico de la sociedad y de los socios solo puede venir dado por el poder estatal, que haciendo uso de su facultad para ordenar las normas que rigen el mercado, ha previsto algunas formalidades –en este caso la publicidad registral y no solo de hecho–. Estas formalidades tienen respecto de la sociedad en cuestión carácter constitutivo, de manera que no es adquirida la personalidad jurídica hasta que no se cumplen. Se trata de una previsión de sobra conocida y que de un modo u otro obra en numerosas normas, a saber: el Código Civil²⁶⁹, el Código de Comercio²⁷⁰, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital²⁷¹ (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), e incluso en

²⁶⁹ Artículo 35. 2º CC: “Son personas jurídicas: Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”.

Artículo 1669 CC: “No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros”.

²⁷⁰ Artículo 116 C. de c.: “El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.

Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”.

²⁷¹ Artículo 33 LSC: “Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido”.

el Proyecto de Ley de Código Mercantil²⁷² (que no ha sido aprobado y que tiene su origen en la propuesta elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación²⁷³). Pues bien, sabiendo que la sociedad irregular no tiene personalidad jurídica, e interpretando de forma no solo literal sino habiendo analizado la finalidad del artículo 1 LCon, puede concluirse que no cabe el concurso de este tipo de entidades.

– La Jurisprudencia a pesar de haber realizado en sede concursal interpretaciones que no convergen con esta posición, también puede ser un elemento que apoye nuestra propuesta al haber negado en muchas ocasiones la personalidad jurídica de la sociedad irregular. Existen algunos pronunciamientos en este sentido, incluso emitidos por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: *La inscripción de la escritura fundacional en el Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo y en tanto no se cumpla la Sociedad carece de personalidad a los fines previstos en los arts. 35, 36 y 38 CC. La falta de inscripción de una sociedad, sin perjuicio de que el contrato vincule a los socios implica su inexistencia para terceros*²⁷⁴. Por tanto no se trata de ideas nuevas sin refrendo legal (observado en el párrafo anterior) o jurisprudencial. A esta Sentencia le han seguido otras más recientes, en similares términos, pronunciadas por algunas Audiencias Provinciales: SAP Barcelona de 26 de abril de 2012²⁷⁵, SAP A Coruña de 26 de septiembre de 2014²⁷⁶, SSAP Alicante de 21 de marzo²⁷⁷ y de 27 de diciembre de 2012²⁷⁸ y SAP Cantabria de 4 de mayo de 2010²⁷⁹.

²⁷² Artículo 213-25 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil: “Con la inscripción de la escritura de constitución en el Registro Mercantil la sociedad mercantil tendrá la personalidad jurídica correspondiente al tipo elegido”.

²⁷³ El Gobierno aprobó el Anteproyecto en Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014.

²⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo Civil), 957/2001, de 19 de octubre (RJ 2001/8649), FD 3º.

²⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª), 233/2012, de 26 de abril (JUR 2014\148408), FD 3º: *la sociedad formada carece de personalidad jurídica diferente de la de sus socios, puesto que al encontrarnos ante una sociedad que por su objeto ha de calificarse como mercantil, es ineludible aplicar el artículo 117 del Código de Comercio que exige para su constitución la escritura pública y la inscripción en el Registro mercantil, sin cuyos requisitos carece de personalidad, cual se desprende, a sensu contrario, del párrafo segundo del art. 116 del mismo Texto legal.*

²⁷⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª), 287/2014, de 26 de septiembre (JUR 2014/262649), FD 2º: *Consecuentemente con lo antes expuesto la sentencia debe ser revocada, dado que la relación que liga a las partes es la propia de un contrato de sociedad, si la intención es obtener*

– Al inicio de este epígrafe decíamos que en principio solo cabían las dos excepciones al requisito del presupuesto subjetivo del concurso que el propio legislador ha contemplado (la herencia yacente y las entidades de Derecho público). Pues bien, esta situación se hace más clara todavía si atendemos a que en la tramitación de la Ley Concursal hubo intentos de introducir una previsión al respecto. No cabe sino entender que el legislador ha sido plenamente consciente de los problemas que podría suscitar en materia concursal la figura de la sociedad irregular puesto que en el debate parlamentario de la LCon tuvo lugar una propuesta de enmienda (que no fue acogida) del Grupo Parlamentario Socialista²⁸⁰ al artículo 1 LCon, cuyo tenor literal era el siguiente: *“Igualmente procederá la declaración de concurso respecto de las*

lucro de esa explotación, repartiéndose las ganancias, la sociedad tiene carácter mercantil, si bien irregular, por lo que no puede tener personalidad jurídica propia, dado que los pactos se mantienen secretos entre los socios, que, por otro lado, quedó disuelta al alcanzarse el objetivo para el que fue constituida.

²⁷⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª), 163/2012, de 21 de marzo (JUR 2012/215323), FD 5º: *La sociedad constituida tiene carácter mercantil por lo que, no estando inscrita en el Registro Mercantil carece de personalidad jurídica, sin que podamos aceptar que la voluntad de los socios sea determinante en cuanto a la forma societaria, dado que nos podemos encontrar en un fraude de ley, al eludirse con ello la obligación de cumplir determinados requisitos indispensables para que la sociedad, como entidad mercantil, tenga personalidad jurídica, como puede ser la necesidad de un capital mínimo u otros requisitos que la ley puede exigir y que va a ser objeto de control al momento de la presentación en el Registro Mercantil y de obligatorio cumplimiento para proceder a la inscripción.*

²⁷⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª), 735/2012, de 27 de diciembre (JUR 2013/115465), FD 2º: *No siendo los elementos formales, sino el objeto social lo que determina la calificación de una sociedad como civil o mercantil y teniendo por objeto la sociedad demandada actividades mercantiles ha de concluirse que, con independencia de su denominación, la sociedad constituida tiene carácter mercantil por lo que, no estando inscrita en el Registro Mercantil carece de personalidad jurídica, sin que podamos aceptar que la voluntad de los socios sea determinante en cuanto a la forma societaria, dado que nos podemos encontrar en un fraude de ley, al eludirse con ello la obligación de cumplir determinados requisitos indispensables para que la sociedad, como entidad mercantil, tenga personalidad jurídica, como puede ser la necesidad de un capital mínimo u otros requisitos que la ley puede exigir y que va a ser objeto de control al momento de la presentación en el Registro Mercantil y de obligatorio cumplimiento para proceder a la inscripción.*

²⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª), 364/2010, de 4 de mayo (JUR 2010/357301), FD 3º: *Si en esa sociedad mercantil faltan los requisitos de la escritura pública fundacional y la inscripción en el Registro Mercantil, la misma tiene el carácter de sociedad mercantil irregular, conforme se vienen interpretando los artículos 116, 117 y 119 CCom, sociedad mercantil irregular (...) sin que esa sociedad tenga personalidad jurídica propia, pese a la denominación e intención de los interesados.*

²⁸⁰ Enmienda número 231, que está recogida en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, número 101-116, de 10 de diciembre de 2002.

sociedades irregulares”. Por tanto, nos cuesta comprender cómo habría preferido el legislador concursal obviar la realidad de las sociedades mercantiles no inscritas a sabiendas de que la técnica jurídica utilizada iba a provocar múltiples dudas interpretativas. Todo esto nos lleva a pensar que en un principio la sociedad irregular no estaba destinada a entrar en concurso en el régimen de la Ley Concursal de 2003, siendo ésta una interpretación posterior y que no converge con el espíritu de una norma, que no incluye, inexplicablemente, a la sociedad irregular entre esos sujetos que excepcionalmente no responden a la lógica del presupuesto subjetivo.

– Consecuentemente con la posición que mantenemos, si la sociedad irregular no puede concursar, debemos aportar alguna solución para que no se vean perjudicados los terceros contratantes con aquélla. En este sentido, y en relación a la doctrina de la conversión en sociedad colectiva, tenemos dudas sobre la aplicabilidad de la misma en los términos en que lo han hecho los autores que le otorgaban una indubitada personalidad o en su caso, concursabilidad a la sociedad irregular. El artículo 39 LSC señala: “Transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones”. Nos llama la atención la literalidad del precepto, que no habla de una conversión en sentido estricto sino de la aplicación de sus reglas, lo que nos plantea aun más dudas en sede concursal. Pero llegados a este punto, y entendiendo que son de aplicación las reglas de la sociedad colectiva a la sociedad mercantil irregular, lo que nos faltaría es saber qué relación tendrán los socios de la irregular con las deudas de ésta. Queda claro que no podrá darse la pretendida limitación de responsabilidad faltando los requisitos formales de inscripción en el Registro, sin embargo, más compleja es la descripción de los elementos que comunican el patrimonio de estos socios y el de la sociedad irregular.

En las primeras posiciones doctrinales que revisábamos sobre este tema, con la admisión de la personalidad jurídica de la sociedad no inscrita podíamos hablar de un criterio de subsidiariedad para vincular a estos socios. En ese caso el sistema de comunicación de ambas esferas patrimoniales funcionaría como una válvula que se abre solo en los casos en que el patrimonio social de la irregular sea insuficiente para hacer

frente a las deudas²⁸¹. Pero para nosotros ésta no es una solución plausible. Sin entrar en la falta de rigor del sistema societario, que otorgaría un beneficio excesivo al socio que participa de una contravención manifiesta de la norma (la no inscripción de la sociedad), no podemos admitir esta posibilidad. Nuestra concepción deriva de un no reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil irregular; de manera que no tendría sentido la subsidiariedad como criterio comunicador de los patrimonios en cuestión. En lugar de un mecanismo valvular de apertura y cierre, entendemos que existe una puerta abierta entre el patrimonio de los socios que no han inscrito a la sociedad irregular y los negocios jurídicos llevados a cabo por ésta. De hecho, si la aplicación de las normas de la sociedad colectiva es efectiva, deberíamos traer a colación el artículo 127 del Código de Comercio que reconoce expresamente la responsabilidad personal y solidaria de los socios de la colectiva²⁸². Además, la responsabilidad directa y solidaria de los integrantes de una sociedad irregular ha sido expresamente reconocida por la jurisprudencia ya citada²⁸³ en relación con la

²⁸¹ Apoyado en la idea de las acciones frente a los socios por deudas de las que sean personalmente responsables del artículo 48 LCon.

²⁸² Artículo 127 C. de c.: “Todos los socios que formen la compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla”.

²⁸³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª), 163/2012, de 21 de marzo (JUR 2012\215323), FD 5º: *Por consiguiente, el apelante debe de hacer frente a las responsabilidades societarias de forma solidaria y no subsidiaria, criterio que se mantiene entre otras en SSAP de Alicante de 3 de diciembre de 1999 , de Barcelona de 3 de junio de 2002 , de Burgos de 20 de abril de 2005 y de Las Palmas de 8 de abril de 2008, siguiendo la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (SSTS 30 de octubre de 1990 , y 8 de mayo de 1997 y 7 de marzo de 2006 , que declaran que la responsabilidad de los miembros de una sociedad irregulares frente a terceros de carácter solidario;* Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª), 735/2012, de 27 de diciembre (JUR 2013\115465), FD 2º: *se trata de una sociedad mercantil irregular a la que le son aplicables las normas de la sociedad colectiva (Sentencia de esta misma Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de marzo de 2.012), por aplicación de lo dispuesto en el artículo 127 del Código de Comercio, en virtud del cual los socios, sean o no gestores de la misma, están obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de esta y por persona autorizada para usarla, por lo que los socios deben responder solidariamente de las deudas ante terceros, sin perjuicio de los pactos existentes entre ellos;* Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª), 233/2012, de 26 de abril (JUR 2014\148408), FD 3º: *De conformidad con lo regulado en el art. 127 del Código de Comercio todos los socios que formen la Compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos los bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla, por lo que debemos afirmar la legitimación*

personalidad jurídica de la sociedad irregular; por la SAP Madrid de 15 de noviembre de 2013²⁸⁴; e incluso –en la desestimación de un recurso de casación– por el Tribunal Supremo²⁸⁵: *si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. Esta remisión no puede conducir al reconocimiento de la personalidad jurídica en la sociedad, y menos si, como sugiere –pero no desarrolla– la sentencia no hubo tampoco escritura pública (artículos 119, 19 y 16.2 CCom, 94 RRM), sino al régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, que en el caso de desarrollo de actividades mercantiles será el previsto para las sociedades colectivas.*

– Por añadidura, si el artículo 24 LCon ha sido utilizado para justificar la capacidad de concursar de la sociedad irregular al contener un precepto aplicable a entidades no inscritas, entendemos que la previsión más próxima a la realidad de la sociedad irregular es la que obra en el artículo 25 bis.1.2º (antes 25.2 LCon). Éste, permite la acumulación de concursos ya declarados “de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta”. De esta forma, no se debe interpretar una acumulación de los socios al concurso de la sociedad; sino una acumulación de concursos de los propios socios. Esta visión es congruente con la aplicación de las reglas de la sociedad colectiva, que hace directa y solidariamente responsables a todos

pasiva ad causam del demandado en esta litis, habida cuenta que el carácter irregular de la sociedad, pudiendo hacerlo, además, como hemos visto, por así permitirlo las reglas aplicables, siendo libre, por tanto, la actora de dirigirse contra todos los socios o contra cualquiera de ellos indistintamente, sin necesidad de demandar a la sociedad mercantil constituida por ellos; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª), 364/2010, de 4 de mayo (JUR 2010/357301), FD 3º: (...)sociedad mercantil irregular a la que es aplicable la legislación prevista para las sociedades colectivas, de manera que, como se concluye en la instancia y a tenor de lo establecido en los artículos 120 y 127 C.Co, los gestores responden solidariamente frente a terceros con quienes hubieren contratado.

²⁸⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), 315/2013, de 15 de noviembre (JUR 2014/58119), FD 3º: *En el supuesto de autos estaríamos en presencia de una sociedad mercantil irregular (...) Ello comporta, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas, la aplicación de las normas de la sociedad colectiva, y, concretamente, del artículo 127 del Código de Comercio.*

²⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo Civil), 1280/2006, de 19 diciembre (RJ 2007/382), FD 3º.

los socios de la sociedad irregular; y con su falta de personalidad, cuestiones que la sacan fuera del ámbito subjetivo de la LCon.

– Finalmente, el sector doctrinal es donde menos predicamento han tenido estas tesis. No obstante, podemos encontrar ejemplos de autores que se decantan por el concurso de los miembros de la sociedad irregular. Es una posición mantenida entre otros, por LÓPEZ SANTANA, que en conclusión señala: *serán, por tanto, los socios de dichas sociedades no inscritas los que, ante el impago de las deudas contraídas en nombre de la sociedad, puedan concursar, pudiéndose además instar la declaración conjunta de concurso respecto de todos o varios de ellos, conforme a lo indicado en el artículo 3.5 ab initio de la Ley Concursal, así como, en virtud de lo establecido en el artículo 25.2 de la citada norma, acumularse la tramitación de los que finalmente sean declarados*²⁸⁶.

Para entender la opción por la que nos hemos decantado hay que considerar que se trata de una perspectiva que eleva el valor de la efectiva personalidad jurídica, por considerar como un pilar del sistema concursal el presupuesto subjetivo consagrado en el primer artículo de la Ley Concursal. Estamos atendiendo al criterio de la personalidad jurídica que consagra la LCon, de manera que no solo se entiende desde esta óptica como imposible el concurso de la sociedad civil irregular (o la comunidad de bienes) sino también el de la sociedad mercantil irregular.

En cualquier caso, el presupuesto subjetivo del concurso, tal y como lo ha configurado la LCon, resulta muy criticable en virtud de las disfunciones recién señaladas. Por lo tanto, cabe realizar una propuesta distinta, que pueda incorporar al ámbito subjetivo de la LCon estas entidades sin personalidad jurídica a las que nos hemos referido haciendo especial hincapié en las sociedades irregulares. Con este objetivo²⁸⁷, señala VICENT CHULIÁ: *creemos que el concurso es procedente siempre*

²⁸⁶ LÓPEZ SANTANA, N., “Observaciones en torno a la posibilidad de concurso de la sociedad irregular”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 1141.

²⁸⁷ Nos referimos a la superación del problema que surge con relación a la inclusión de las sociedades irregulares, que en virtud de la LCon no podrían ser declaradas en concurso, pero a las que otras normas como la Ley de Enjuiciamiento Civil o el Reglamento del Registro Mercantil parecen otorgar dicha posibilidad. La confusión en este extremo es manifiesta y hay que lamentar que no exista acomodo entre los criterios utilizados por tales normas. En este sentido, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El

que la normativa sustantiva aplicable reconozca cierta autonomía patrimonial (como ocurre, en nuestra opinión, con la sociedad en formación (art. 36 a 38 LSC) y la sociedad irregular (art. 39 y 40 LSC)²⁸⁸. No obstante, hay que decir que esta concepción del ámbito subjetivo de la norma tiene que tomarse no en el sentido en que la recoge el citado autor, como una posibilidad interpretativa más, sino más bien como un anhelo. La idea de VICENT CHULIÁ, de configurar un presupuesto subjetivo que no deje escapar a ninguna entidad con autonomía patrimonial de las reglas concursales resulta muy deseable. Sin embargo, para que pueda darse sin realizar una interpretación *contra legem* del artículo 1 LCon, debería modificarse éste y sustituir el criterio de la personalidad por el de la autonomía patrimonial. Resulta además una pauta mucho más acorde con el Derecho concursal societario, donde se acumulan gran parte de los procedimientos. Allí se da una relación directa entre el patrimonio social y la solvencia de la empresa, ya que a diferencia de las sociedades no mercantiles, en las sociedades de capital ha quedado limitada la responsabilidad de socios y administradores, que no tendrán que responder con su patrimonio de la mala situación económica de la sociedad²⁸⁹.

c) Unidad del sistema concursal y presupuesto subjetivo

De otro lado, aprovecharemos en sede de presupuesto subjetivo para adelantar algún apunte sobre el intento la Ley Concursal por dotar de unidad a la institución (aunque será una cuestión tratada posteriormente). Y es importante hacerlo cuando se habla del presupuesto subjetivo del concurso ya que, lo que no se puede negar es la tentativa del legislador por acabar con la diversidad de figuras dedicadas al tratamiento del deudor insolvente por razón de su naturaleza (comerciante o no comerciante). En este sentido se expresan OROZCO PARDO y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ²⁹⁰,

presupuesto subjetivo en la Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 1198.

²⁸⁸ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción... op. cit.*, pág. 2081.

²⁸⁹ *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El presupuesto subjetivo...” *op. cit.*, págs. 1197-1198.

²⁹⁰ OROZCO PARDO, G. y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Sobre la unificación del Derecho privado en materia de obligaciones y contratos; a propósito de la Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 397-411.

que incluyen la regulación concursal dentro de un catálogo de normas cuyo efecto, entre otros, es el de servir a la unificación del Derecho privado. Los citados autores destacan la tendencia actual de numerosas Leyes de carácter sectorial, que regulando situaciones cuya naturaleza –civil o mercantil– podría no estar clara, sirven para superar la dicotomía Derecho civil–Derecho mercantil²⁹¹. Aunque aquí se pondrá en tela de juicio la unidad de la institución concursal en la LCon, es obvio que el intento por dotar al ordenamiento concursal de tal característica implica un paso más en el proceso de confusión de las esferas civil y mercantil. La figura del concurso de acreedores intenta ir más allá de la naturaleza del deudor, evitando etiquetas, para regular de la forma más unitaria posible el fenómeno de la insolvencia. En este punto no se puede sino estar de acuerdo con la consideración de que ciertas Leyes sectoriales son sucesivas victorias para quien desea la quiebra de las barreras entre el Derecho civil y el Derecho mercantil en materia de obligaciones, que llevarían (y quizás llevarán) a una categoría más amplia, en nuestra opinión menos artificial también, el Derecho privado.

Pese a lo expuesto sobre la normativa sectorial y en concreto sobre la concursal como instrumento unificador del Derecho privado, hay que decir reiterando en una idea ya expresada, que la confusión Derecho civil–Derecho mercantil no se ha dado en toda su extensión en la Ley Concursal de 2003. Lo cierto es que existen especialidades significativas en función de la persona concursada, comerciante o no, que rompen con esta pretendida unidad²⁹². Además, es necesario rememorar la existencia de las numerosas singularidades que se dan en los procedimientos relativos a empresas de seguros, entidades de crédito, empresas de inversión que prestan servicios que implican la posesión de fondos o de valores negociables de terceros, organismos de inversión colectiva, etc., para las que a pesar de estas peculiaridades, el legislador prevé que opere el régimen concursal general, en contra de la idea que subyace en las normas de Derecho Comunitario²⁹³ (que prefieren regular la insolvencia de estas sociedades

²⁹¹ Con una postura similar y calificando la Ley Concursal como *la primera que afronta la unificación de nuestro Derecho privado*: VICENT CHULIÁ, F., “El concurso de la persona jurídica”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 2391-2393.

²⁹² Para conocer las más relevantes puede consultarse: OROZCO PARDO, G. y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Sobre la unificación...” *op. cit.*, págs. 406-407.

²⁹³ *Vid.* Artículo 1.2 Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia.

mediante un régimen especial). Aquí se mantiene que en realidad estas especialidades configuran efectivamente un régimen especial aunque el legislador haya tratado de esconder esta característica detrás de las normas generales del concurso de acreedores, para no desvirtuar la tan denostada unidad, que no puede tenerse en pie ni siquiera gracias a tales labores de ingeniería jurídica.

De todo ello puede extraerse que el Derecho concursal español y la doctrina que diserta sobre esta materia, presentan un ámbito subjetivo para la LCon en el que ha quedado patente la influencia del supuesto principio de unidad. En nuestra opinión, esta circunstancia queda plenamente denigrada si se realiza un análisis de los efectos de la norma en dos sentidos: por un lado ha quedado demostrado lo inadecuado de este presupuesto subjetivo, ya que no sirve para incluir entidades con relevancia económica como las sociedades irregulares; y por otro, tampoco puede decirse que la superación de la dicotomía Derecho civil–Derecho mercantil haya sido efectiva puesto que existen numerosas especialidades en materia concursal en virtud de la naturaleza –comerciante o no– del deudor, además de las peculiaridades propias de entidades financieras, aseguradoras, etc. En relación a esta última cuestión, resulta curioso cómo la doctrina se congratula del avance que supone la superación de la dualidad de instituciones concursales en función de la condición de comerciante del deudor; a la vez que explica el contenido de las normas concursales especiales cuyo destinatario es un deudor comerciante (y más si es una sociedad mercantil²⁹⁴); y mientras echa de menos un régimen particular para la persona física o consumidor concursado²⁹⁵, con el objeto de adecuar las prescripciones de la LCon a las necesidades de estos deudores. Por tanto, la incoherencia se ha instalado en este punto en la doctrina. No podemos al mismo tiempo felicitarnos por la unidad y desear la fragmentación del sistema concursal, no al menos sin caer en una paradoja manifiesta. Pero sobre la unidad volveremos más adelante, donde corresponde retomar la cuestión que hemos enunciado en relación a la condición subjetiva necesaria que requiere la legitimación pasiva en el concurso.

²⁹⁴ Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El presupuesto...” *op. cit.*, págs. 1199 y ss.

²⁹⁵ En este sentido: DELGADO, J. C. y CUESTA MARTÍN, C., “La problemática del concurso de acreedores de la persona física. Soluciones jurisprudenciales y de Derecho Comparado”, *www.legaltoday.com*, 1 de marzo de 2013; BELMONTE DE LA VILLA, P., “El concurso de acreedores de la persona física, asignatura pendiente de la Ley Concursal”, *www.cinco dias.com* (artículo de opinión), 15/02/2013.

2.2. Presupuesto objetivo: la insolvencia

a) Estado de insolvencia: notas características

El presupuesto objetivo necesario para la apertura del proceso concursal se refiere a un hecho concreto, la situación de insolvencia del deudor. El término “insolvencia” se define en el artículo 2.2 LCon: “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”. Esta definición no debe sorprender al lector de la Ley, pues ya en la Exposición de Motivos de la misma se recoge el concepto con estas mismas palabras. Sin embargo, la cuestión no deja de tener confusión, ni ha estado libre de críticas²⁹⁶. Por un lado nos encontramos este concepto, que para tratarse de un aspecto tan fundamental de una Ley ciertamente técnica como es la concursal, no deja de ser abierto y falto de concreción; y por otro tenemos a la Exposición de Motivos de la LCon, que pese a consagrar la misma definición, proclama la flexibilidad de la misma, que deberá ser atemperada por la clase de concurso que se tramite, necesario o voluntario.

Por consiguiente, lo que se va a desgranar a continuación es un concepto básico, quizá el más fundamental de cuantos integran el ordenamiento concursal. La situación de insolvencia resulta ser tanto la causa, como la condición *sine qua non* para que se abra todo procedimiento en esta materia. Se trata de una cuestión más fundamental incluso que la determinación del ámbito subjetivo de la norma, puesto que el presupuesto objetivo marcará realmente qué regula la LCon para aquellos deudores que han sido ya analizados en el apartado anterior. Por tanto, el tema puede encerrar un juego de estrategias en torno al concepto de insolvencia²⁹⁷, de cuya concreción deriva todo el sistema concursal y del que tratarán de aprovecharse los operadores económicos según el objetivo que persigan en relación a un patrimonio concreto. En ocasiones se intentará demostrar la solvencia mientras que, en otros casos, los diferentes efectos del

²⁹⁶ Como *manifiestamente ineficiente a la hora de conseguir la apertura del concurso de acreedores* lo califica: BELTRÁN, E., “La reforma de la Ley Concursal”, *Materiales de la reforma concursal 2009-2011* (coordinado por BELTRÁN, E. y CAMPUZANO A. B.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 665.

²⁹⁷ En este sentido: CERDÁ ALBERO, F., “La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 958.

concurso sobre los contratos, créditos, etc., harán aconsejable estirar el concepto de insolvencia para entrar bajo el paraguas de la institución concursal.

En cuanto al concepto de insolvencia de la LCon, que según la mayor parte de la doctrina es parte del presupuesto objetivo del concurso de acreedores pero no lo abarca de manera completa, se proponen a continuación algunas notas características que ayudan a definir el concepto, dada la abstracción de la que adolece su formulación legal:

– *Situación de fondo*. El concepto de insolvencia ha servido de sustento en la operación de situar el presupuesto objetivo sobre una situación económica de hecho. La insolvencia es la situación de fondo, el elemento de carácter efectivo (objetivo) que determina la posibilidad de instar concurso de acreedores. Se trata de una opción del legislador, que se ha alineado con la tradición anglosajona y alemana²⁹⁸, buscando objetivar el hecho que determina el inicio del procedimiento concursal, recibiendo éste el nombre de “insolvencia”.

– *Relación incumplimiento/insolvencia*. Efectivamente la insolvencia del deudor se manifestará a través del incumplimiento de determinadas obligaciones que le son exigibles. No obstante, no todo incumplimiento deberá ser tomado como revelador de una situación de insolvencia. El sentido común lleva a pensar que, a aquel deudor que no cumple con un determinado acreedor por su propia voluntad, no se le podrá aplicar la normativa concursal aunque esté manteniendo créditos (alguno o todos los que tenga) sin satisfacer. Por tanto, el estado de insolvencia determina un incumplimiento al margen de la voluntad del deudor. Se da por tanto en este caso *una impotencia del patrimonio del deudor para atender al cumplimiento regular de las obligaciones que gravitan sobre el mismo*²⁹⁹.

– *Regularidad en el cumplimiento*. La otra cara de una misma moneda, la pone de relieve CERDÁ ALBERÓ³⁰⁰, que destaca la diferencia entre incumplimiento e

²⁹⁸ PULGAR EZQUERRA, J., “Los hechos externos del concurso de acreedores necesario”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 1146.

²⁹⁹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Sobre el concepto básico de insolvencia”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 1006.

³⁰⁰ CERDÁ ALBERO, F., “La insolvencia...” *op. cit.*, págs. 965-966.

insolvencia utilizando el razonamiento inverso. Se trata de entender que no cualquier posibilidad de cumplir las obligaciones exigibles destruye la existencia de insolvencia. La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones es una exigencia que determina que a pesar de existir la posibilidad de dicha satisfacción crediticia, cabe la insolvencia si dicho cumplimiento es de naturaleza irregular. Esta irregularidad puede venir determinada por distintos factores: utilización de medios de pago distintos a los que comúnmente se aceptan en el ejercicio del comercio, como por ejemplo la cesión por parte del deudor de sus bienes a sus acreedores, o la monetización de bienes empleados en su actividad económica y que no van a ser sustituidos ni han quedado obsoletos, sino que la situación económica ha obligado al deudor a venderlos para “sobrevivir”; o bien la iliquidez que no es meramente transitoria, esto es, que no puede resolverse acudiendo al crédito bancario u otros instrumentos de reordenación de los flujos de caja (pese a que la estructura patrimonial del deudor goce de cierta salud).

– *Exigibilidad de la deuda.* La situación de insolvencia tal y como se caracteriza en la LCon, debe estar motivada por la impotencia patrimonial para hacer frente a deudas vencidas y exigibles por los acreedores de las mismas. Se trata de una característica sobre la que podría debatirse dada la posibilidad de solicitar concurso al deudor por una insolvencia no actual, sino inminente. Si bien se ha dicho que el vencimiento podría faltar en torno a los créditos que implican la insolvencia inminente (por su propia naturaleza), no ocurriría lo mismo con la exigibilidad de los mismos en sentido estricto, cuestión que aparecería como irrenunciablemente ligada a cualquier concepto de insolvencia³⁰¹. La postura que tomaremos aquí es la de entender el concepto de modo que el concurso voluntario en virtud de insolvencia inminente con deudas no exigibles o no vencidas, se trata en cualquier caso de una excepción al concepto básico de insolvencia, que debe ser actual y en relación a deudas vencidas y exigibles.

³⁰¹ El concepto de insolvencia inminente ha despertado el interés de la doctrina, dando lugar incluso a monografías como: PALAO UCEDA, J., *La insolvencia inminente y el sistema concursal preventivo*, Barcelona, Bosch, 2013. En concreto, manteniendo que la exigibilidad de las deudas es una condición necesaria incluso cuando se considere la insolvencia inminente, no así el vencimiento, *vid.*, págs. 103-105. Sobre la complicada cuestión de la prueba de la insolvencia inminente, donde se necesita probar la insolvencia futura, esto es, algo que no ha sucedido pero cabe esperar: GADEA, E., “La prueba de la insolvencia en el procedimiento concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº14, 2011, págs. 295-296.

– *Apreciación judicial*. Además, se requiere que el estado de insolvencia sea apreciado judicialmente³⁰². Puede pensarse que esta nota está más relacionada con la declaración de concurso –presupuesto formal del mismo–, sin embargo se puede decir que la insolvencia tiene que ser admitida por la figura del Juez, pues a él va dirigida la prueba de esta situación patrimonial. Por tanto, es necesaria la apreciación judicial de tal extremo, en caso contrario, no existirá insolvencia en los términos en que la configura la LCon.

b) Posición de Beltrán: análisis del concepto “regularidad”

Conviene ahora detenernos en el estudio que el Profesor BELTRÁN realizó sobre *la regularidad en el cumplimiento de las obligaciones*³⁰³. Se trata de una de las notas que definen la insolvencia y que se ha explicado ya someramente. No obstante, el citado autor realiza un completo análisis sobre las implicaciones que puede tener para el sistema concursal la inclusión de la regularidad en la descripción del presupuesto objetivo de la institución. En su opinión, la flaqueza del “nuevo Derecho” –la LCon– estribaba en no haber conseguido aumentar la satisfacción de los acreedores ordinarios dado el alto coste del procedimiento y la falta de medios del deudor. Esta circunstancia se achaca sobre todo al olvido del legislador de la configuración de la masa activa, centrando sus esfuerzos en la masa pasiva del concurso (principalmente a través de la regulación de los privilegios). Sin duda, el éxito de un proceso concursal donde el objetivo principal es la satisfacción de los acreedores pasaría por tratar de aumentar el patrimonio del deudor. En ese sentido, BELTRÁN señalaba que había dos posibles estrategias al respecto: una es el establecimiento de una adecuada acción de reintegración; y la segunda consiste en la anticipación de la declaración de concurso, buscando iniciar la reorganización concursal cuando todavía la situación económica del deudor no es absolutamente inviable. Pues bien, para hacer posible esta anticipación no puede acudir a otro elemento del proceso que no sea su presupuesto objetivo, cuestión que el autor estudia detenidamente.

³⁰² Vid. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., “Objetivación y subjetividad en la delimitación del denominado *presupuesto objetivo* del concurso”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 1058.

³⁰³ BELTRÁN, E., “La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 11, 2007, págs. 29-52.

La insolvencia en la Ley Concursal española viene determinada por una concepción funcional, ligada al cumplimiento de las obligaciones exigibles como hemos visto; rechazándose otras concepciones de corte más patrimonial y que se limitan a una relación entre el activo y el pasivo del deudor. No obstante, no consideramos cualquier cumplimiento como idóneo para excluir la situación de insolvencia, aquél debe ser regular, con todos los problemas que trae la interpretación de un término tan abstracto. Ya hemos señalado a rasgos generales qué podemos entender por cumplimiento regular de las obligaciones, pero aun quedan cuestiones sin resolver al respecto. Si bien el concepto “regular” ha quedado inserto en la definición de insolvencia, y con ello su incidencia debe darse tanto en el caso de concurso voluntario como en el caso de concurso necesario, no va a tener idéntica influencia en ambos supuestos.

En el concurso voluntario, el término “regularmente” hace alusión a la prohibición del uso de la institución concursal como una coraza frente a los acreedores, que verían aplazado el cobro de sus créditos. En esta situación, se ha optado por no reconocer eficacia confesoria a la solicitud de concurso voluntario, lo que deriva en el establecimiento real y no solo nominal de un presupuesto objetivo para el concurso solicitado por el propio deudor. En este sentido, la carga de la prueba sobre la insolvencia recaerá sobre éste. Así, en el análisis del significado de “regularmente”, se permite BELTRÁN enumerar los tres posibles escenarios de la insolvencia desde este punto de vista:

- Insuficiencia patrimonial provocada por un pasivo superior al activo del concursado.
- El activo supera al pasivo pero no es posible liquidar el patrimonio de forma ordenada, ni acudir al crédito como instrumento de pago.
- El deudor cuenta con un activo superior a sus deudas, e incluso tiene o puede conseguir liquidez en el corto plazo, no obstante, no puede hacer frente a sus obligaciones con un cumplimiento de naturaleza regular³⁰⁴.

³⁰⁴ Ésta es la opción más marginal, menos común y que fundará en menos ocasiones una solicitud voluntaria de concurso.

De ello se extrae –de nuevo– que no todo cumplimiento es regular, y por ende no todo cumplimiento es excluyente de la insolvencia.

Por otra parte, en el concurso necesario, donde la solicitud del acreedor se apoya sobre alguno de los hechos reveladores de la insolvencia (artículo 2.4 LCon), si el deudor quiere enfrentarse a la petición de apertura del procedimiento concursal deberá probar que no se encuentra en estado de insolvencia, lo que quiere decir que podrá cumplir sus obligaciones de forma regular.

De forma que el concepto de cumplimiento regular debe interpretarse irremediabilmente si se quiere conocer verdaderamente el alcance de la situación de insolvencia. Señala el autor que el término “regularmente” ha sido importado de la legislación italiana³⁰⁵, entendiéndose se puede hablar de irregularidad en el cumplimiento en un abanico de supuestos que exceden al de la liquidación apresurada o ruinosa de los bienes del concursado³⁰⁶. A partir de este concepto de origen italiano, distingue BELTRÁN tres posibles interpretaciones al término que venimos desgranando: en primer lugar, la irregularidad podría estar relacionada con un cumplimiento obligacional en el que no se respetan las condiciones de modo y tiempo fijadas; en segundo lugar la regularidad se vería afectada por un cumplimiento que fuera perjudicial para la masa activa, en otras palabras, el cumplimiento regular es el que respeta las reglas concursales; y finalmente, se puede considerar regular el cumplimiento realizado de acuerdo a las reglas seguidas por los distintos sujetos intervinientes en el sector en el que nos encontremos o a través de los medios considerados comúnmente como ordinarios.

La última postura podemos calificarla como la tesis más abstracta, que apela al sentido común y a la propia insolvencia como situación de fondo. Mientras que las dos

³⁰⁵ Artículo 5 *Legge Fallimentare* (1942), párrafo segundo: *Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.*

³⁰⁶ Caben otras interpretaciones al respecto, entre las que destaca la consideración de irregular de aquel cumplimiento que supone un endeudamiento excesivo, con el consiguiente desequilibrio en la situación patrimonial, *vid.* OLIVENCIA, M., “La declaración de concurso”, *La nueva ley concursal* (AAVV), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003, pág. 44; o bien la idea de que el único cumplimiento irregular vendría dado por el alzamiento o liquidación apresurada de los bienes del deudor (PULGAR ESQUERRA, J., *La declaración de concurso de acreedores*, Madrid, La Ley, 2005, pág. 333).

primeras concepciones de regularidad se centraban en la posibilidad de considerar un cumplimiento regular o irregular; la tercera se reencuentra con la versión más profunda del estado de insolvencia, entendiendo que el cumplimiento regular, aquél que puede incluso desvirtuar una manifestación del artículo 2.4 LCon esgrimida por un acreedor, es el que se lleva a cabo por los medios corrientes o normales. Los peligros de esta tesis se focalizan en la dificultad para concretar el significado de “medios corrientes”, que en nuestra opinión se trata de un concepto jurídico indeterminado, debiendo ser interpretado a través de la libre apreciación judicial.

Con estas precisiones, la propuesta del Profesor BELTRÁN consiste en facilitar la declaración de concurso para que sirva como un instrumento de reordenación del crédito (y no como una institución meramente liquidatoria) a través de dos estrategias: el retorno a la eficacia confesoria de la solicitud de concurso voluntario, esto es, eliminar la obligación del deudor de probar su estado de insolvencia; y facilitar a los acreedores la prueba de la insolvencia del deudor común. Se trata de una noción que, contra la mayor parte de la doctrina, abogaba por el establecimiento de un procedimiento concursal de carácter preventivo en momentos iniciales de la vida de la Ley Concursal de 2003, cuando no se habían introducido todavía los institutos preconcursales.

c) Concepto de endeudamiento y su relación con la insolvencia: irrelevancia concursal

Además de éstas características intrínsecas al concepto de insolvencia de la LCon, resulta fundamental traer aquí la tesis de algunos autores, que señalan que el presupuesto objetivo del concurso no se agota con la insolvencia³⁰⁷. Para este sector doctrinal, el fundamento de tal idea se encuentra en el artículo 2.3 LCon, que establece para el deudor que insta concurso (concurso voluntario), la obligatoriedad de demostrar tanto el estado de insolvencia como su endeudamiento. La redacción del precepto lleva a pensar que insolvencia y endeudamiento son dos cosas diferentes y efectivamente, por un lado está la existencia de la deuda y por otra la insuficiencia de medios para hacer frente al pago regular de la misma. En la misma línea, tampoco puede negarse que en la

³⁰⁷ Por todos, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Sobre el concepto...” *op. cit.*, págs. 1005 y ss.

situación de insolvencia existe un endeudamiento de naturaleza estructural (no puntual, ni momentáneo) que determina un incumplimiento obligacional. Así lo señala IBÁÑEZ JIMÉNEZ cuando explica que lo consustancial al concurso voluntario es el “superendeudamiento”. Por eso el deudor debe probar ambas circunstancias, de manera que si se demostrara tan solo la insolvencia, con ello solo se probaría la iliquidez y por consiguiente podría utilizarse el concurso en contra de los intereses de los acreedores³⁰⁸. Desde nuestro punto de vista, existen algunas lagunas en estas tesis. Incluso entre quienes apoyan esta dicotomía insolvencia/endeudamiento en el presupuesto objetivo del concurso, se duda si la demostración del propio endeudamiento debe alcanzar a los casos de concurso voluntario donde la insolvencia no es actual sino inminente³⁰⁹.

En nuestra opinión, ese debate y otros que surgen en el seno del artículo 2 de la Ley Concursal, se han dado con motivo de una mala interpretación del presupuesto objetivo del concurso. Realmente no puede existir tal dicotomía insolvencia/endeudamiento puesto que no se puede entender la insolvencia sin deuda. Explicándolo de manera más práctica: ninguna persona (física o jurídica) por ínfimo que sea su patrimonio, puede ser considerado insolvente en los términos de la LCon sin que sea acreditado su grado de endeudamiento. Pero el razonamiento para señalar esto no es que endeudamiento e insolvencia sean elementos diferentes, sino que el primero va integrado dentro del segundo. Si recordamos la definición de insolvencia, en ella se hace referencia a la imposibilidad de cumplir con obligaciones exigibles, esto es, deudas. La deuda es parte de la insolvencia porque ésta no se entiende como miseria, pobreza o falta de medios, sino como insuficiencia de medios para hacer frente a las obligaciones que tiene el deudor. De esta manera, se entiende el presupuesto objetivo del concurso tal y como lo configuran los artículos 2.1 y 2.2 LCon, donde obra su formulación general³¹⁰, y que solo hablan de insolvencia, conteniéndose en ella todos los elementos del presupuesto objetivo, incluido el endeudamiento³¹¹. La impotencia

³⁰⁸ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., “Objetivación y...” *op. cit.*, pág. 1058.

³⁰⁹ *Vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Sobre el concepto...” *op. cit.*, págs. 1005 y ss.

³¹⁰ Artículo 2.1 LCon: “La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común”. Artículo 2.2 LCon: “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”.

³¹¹ Se trata de una tesis sostenida por OLIVENCIA, M., “El presupuesto objetivo del concurso”, *La Ley Concursal y su aplicación* (dirigido por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., RODRÍGUEZ, J. A., y

patrimonial solo puede entenderse respecto de uno o varios créditos a satisfacer. Por tanto, los apartados tercero y cuarto de dicho precepto, que se refieren al concurso necesario y voluntario, tendrán un valor limitado en el sentido de que sirven para concretar el presupuesto general que el artículo 2 LCon ha establecido en sus primeros apartados.

El endeudamiento del que se está hablando, que se considera dentro del concepto de insolvencia, debe entenderse como una situación patrimonial en la que la relación activo/pasivo haya alcanzado una descompensación o equilibrio tal, que no pueda ser confundida con situaciones eventuales de iliquidez o infracapitalización. Hablamos de una estructura patrimonial del deudor cuyo activo va a ser insuficiente para que éste pueda cumplir regularmente con sus obligaciones. De esta manera será imposible satisfacer a los acreedores, ni siquiera acudiendo al crédito bancario u otros instrumentos ordinarios. Atender a criterios como la posibilidad de acudir al crédito tiene sentido dado que debe hacerse *una valoración conjunta del patrimonio de deudor, teniendo en cuenta los elementos que hacen posible el funcionamiento de -por ejemplo- una empresa en el mercado como son la confianza y el crédito de que disponga*³¹². En este brete, la única posibilidad que se abre por tanto, es la iniciación del procedimiento concursal.

Y es en el trance de evaluar la viabilidad de un patrimonio en relación con sus deudas cuando toma importancia para el procedimiento concursal el análisis de la contabilidad. En él no se debe centrar este estudio, puesto que no entra dentro de las cuestiones meramente jurídicas que se quieren desentrañar. No obstante, se puede señalar la importancia que tienen los datos contables para el Juez a la hora de comprobar el estado de insolvencia del deudor. A este respecto, IBÁÑEZ JIMÉNEZ³¹³ plantea una más que justificada preocupación ya que los documentos contables que se exigen por el artículo 6 LCon pueden resultar en ocasiones inidóneos para detectar la

SEBASTIÁN, R.), colección Papeles de la Fundación, nº33, Fundación de Estudios Financieros, 2009, pág. 86. La prueba de la insolvencia es principalmente, la prueba de una o varias deudas que no se pueden pagar; caeríamos en un absurdo tratando de encontrar un insolvente no endeudado.

³¹² DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Sobre el concepto...” *op. cit.*, pág. 1010.

³¹³ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., “Objetivación y subjetividad...” *op. cit.*, págs. 1071 y ss.

insolvencia inminente³¹⁴ (incluso la actual); teniendo a veces que ser analizados por expertos independientes, puesto que tampoco son capaces de ofrecer al Juez de manera directa una visión dinámica de la realidad patrimonial del deudor, sino que necesita de estos apoyos para comprobar ciertos extremos –como el valor del patrimonio neto de quien solicita la declaración de concurso–.

d) Manifestaciones externas de insolvencia

Todo ello por cuanto se refiere estrictamente a lo que encierra la definición del concepto de insolvencia. Sin embargo aquí no acaba el análisis de la cuestión. Tal y como se ha explicado, la insolvencia supone el cese del cumplimiento regular de las obligaciones exigibles que encuentra su causa en la impotencia patrimonial del deudor. Ahora bien, no puede negarse que aun entendiendo las notas anteriores, el grado de abstracción del término es importante. Estas causas motivan que el legislador haya decidido recoger ciertas manifestaciones externas de la situación de fondo (la insolvencia), de manera que siendo demostrada alguna de ellas, quede acreditada ésta. De esta forma se intenta facilitar la prueba del hecho que funda el presupuesto objetivo. Siguiendo a PULGAR EZQUERRA³¹⁵, distinguimos entre unos ordenamientos jurídicos optan en la enumeración de estas manifestaciones por la técnica de *numerus apertus* (admitiéndose que la insolvencia pueda manifestarse a través de otros hechos); mientras que otros eligen el sistema de *numerus clausus* (la solicitud solo puede basarse en los hechos legalmente tasados). En la LCon sin embargo, existe un sistema cuya naturaleza no parece clara en un sentido u otro, se trata de un método *sui generis* como va a comprobarse.

Mientras que para el concurso voluntario, esto es, el que insta el propio deudor, el artículo 2.3 LCon se limita a seguir la definición general de la insolvencia que se consagra en los dos primeros apartados del artículo dedicado al presupuesto objetivo del concurso, la situación del concurso necesario es más compleja. Cuando la declaración

³¹⁴ Es una preocupación compartida por gran parte de la doctrina. En este sentido puede consultarse BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios... op. cit.*, pág. 41.

³¹⁵ PULGAR EZQUERRA, J., “Los hechos externos...” *op. cit.*, pág. 1146.

concurzal es presentada por un acreedor u otro legitimado, el artículo 2.4 LCon señala los hechos en que ha de fundarse dicha petición^{316,317}:

– Existencia de título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago.

– Sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

– Existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

– Alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

– Incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

La confusión está servida. Por un lado, en el concurso voluntario no se explicitan hechos que manifiesten la insolvencia de manera que parece acogerse el legislador al sistema de *numerus apertus*; y por otro, en el concurso necesario se tasan detalladamente los hechos que pueden fundamentar la solicitud de concurso, con lo que se está inclinando por el método de *numerus clausus*. En este punto, la tesis de la Profesora PULGAR EZQUERRA³¹⁸, que señala que la cláusula general de la insolvencia como presupuesto objetivo del concurso opera únicamente en el caso del concurso voluntario toma cierto sentido. Interpretando a la citada autora, se da un

³¹⁶ Se trata de una enumeración alternativa, no deben concurrir dos o más manifestaciones externas de la insolvencia, tan solo hace falta probar una de ellas.

³¹⁷ En la redacción de la LCon, han desaparecido algunos hechos reveladores de la insolvencia que se recogían en la regulación anterior, como la desaparición injustificada del deudor de su domicilio, o tratándose de personas jurídicas, el abandono de sus funciones por los administradores; el abandono de sus bienes por el deudor; y en cuanto a los sobreseimientos sectoriales, los referidos al pago de las rentas de todo tipo de arrendamientos, relativas al local de negocio del deudor correspondientes a un periodo de seis meses. *Vid.* CERDÁ ALBERO, F., “La insolvencia...” *op. cit.*, págs. 982-983.

³¹⁸ PULGAR EZQUERRA, J., “Los hechos externos...” *op. cit.*, pág. 1147.

desdoblamiento del presupuesto objetivo del concurso, poniéndose de manifiesto su naturaleza doble al configurarse una situación de fondo como la insolvencia, como presupuesto objetivo del concurso voluntario; dándose al mismo tiempo un presupuesto objetivo diferente, los hechos tasados que permiten instar el concurso a los acreedores y otros legitimados, en el concurso necesario.

Pese a ello, no se puede estar de acuerdo con esta visión, quizá por tratar de encontrar una interpretación de la norma que no haga quebrar el presupuesto objetivo del concurso, lo cual tendría consecuencias nefastas en cuanto a seguridad jurídica. Como se viene manteniendo, el presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia, una situación fáctica cuya definición ha sido de sobra explicada³¹⁹. Si bien es cierto que este concepto opera de manera distinta en un caso y en otro, esto no implica que no tenga virtualidad en los supuestos de concurso necesario. El legislador, con mal criterio, no ha establecido un criterio unitario, sin embargo, la razón ha sido puramente práctica: hacía falta una enumeración de hechos externos que apoyaran la solicitud de concurso proveniente de un acreedor, y esto se ha resuelto aunque no con total acierto. Si admitimos que la insolvencia es ese presupuesto objetivo inmutable que es, no tiene sentido optar por el sistema de *numerus clausus* en el concurso necesario (menos aun cuando en el voluntario opera el método de *numerus apertus*), puesto que se generará mucha confusión. ¿Acaso no utilizarán la lista de manifestaciones del 2.4 LCon los deudores que insten concurso voluntario para demostrar su insolvencia? ¿Acaso un deudor que demuestre su solvencia, a pesar de darse alguno de los hechos del citado precepto será declarado en concurso por un Juez? Sí y no. Por supuesto que los deudores se fijarán en esa enumeración que no está prevista para el concurso voluntario, pero que les proporciona información sobre cómo acreditar su situación patrimonial poco menos que funesta; y no cabe duda tampoco que un Juez no será capaz de declarar concurso sobre la base de una solicitud de un acreedor, cuando a pesar de estar bien fundamentada ésta, el deudor es capaz de demostrar su solvencia. Esta tesis encuentra

³¹⁹ Con esta concepción parece estar de acuerdo JIMÉNEZ DE PARGA cuando dice que analizando los hechos del artículo 2.4 LCon se advierte con más claridad la aparición de ese sustrato que es la impotencia patrimonial para cumplir las obligaciones. *Vid.* JIMÉNEZ DE PARGA, R., “Apuntes sobre el concepto de insolvencia en la Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 1080.

sustento legal en el artículo 18.2 LCon, que establece que “el deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho”.

Por lo tanto queda claro que la redacción de la norma ha sido cuanto menos descuidada, puesto que se ha utilizado una técnica, la de *numerus clausus* en relación al concurso necesario, a la vez que se permite al deudor oponerse a la declaración de concurso si demuestra que no existe la situación de hecho, que sería lo propio del método de *numerus apertus*. Después de lo dicho, sí se puede volver a afirmar que el único presupuesto objetivo del concurso de acreedores, debe ser y es, la insolvencia del deudor, que hay que demostrar en cualquiera de los casos (voluntario o necesario). Para facilitar esta prueba, la Ley ha proporcionado una lista de manifestaciones que si son acreditadas por quien insta el concurso, recibirán la categoría de presunción *iuris tantum*, tan solo pudiendo ser desvirtuadas con la prueba de la solvencia del deudor. Así, el art. 2.4 LCon se convierte en un precepto fundamental, que facilita la prueba de la insolvencia al acreedor. Estas circunstancias, cuando sean efectivamente probadas por el acreedor, serán tomadas en consideración por el Juez, que les dará valor de presunción *iuris tantum*. Se invierte por tanto la carga de la prueba hacia el deudor, que será el encargado de demostrar la inexistencia del hecho en el que el acreedor funda su denuncia; o su solvencia a pesar de éste.

En resumen, el presupuesto objetivo es la insolvencia del deudor. Se trata de una característica que cuenta con una definición abstracta, pero para hacerla operativa requiere algunas pautas a la hora de determinarla. El legislador ha optado por señalar una serie de hechos en el art. 2.4 LCon, ante los que se entiende que la insolvencia se da de forma efectiva, circunstancias que objetivan la consideración del presupuesto ya que el acreedor no siempre puede o debe conocer el estado de insolvencia del deudor, siéndole más fácil constatar ciertos hechos³²⁰. Estas circunstancias deberán fundar la declaración de concurso cuando ésta es presentada por un acreedor. Sin embargo, cuando la declaración es presentada por el deudor, éste probará su insolvencia

³²⁰ Vid. OLIVENCIA, M., “El presupuesto objetivo...” *op. cit.*, pág. 83.

aportando documentos que el Juez apreciará libremente. No obstante, si el deudor prueba alguna de las circunstancias expresadas en el anterior precepto, el Juez estará no vinculado, pero si influido por las mismas, ya que su decisión deberá basarse en el sentido común y en el intento de cumplir con la finalidad de la norma.

3. Proceso de reforma

Si alguna cosa ha caracterizado la disciplina del Derecho concursal desde la promulgación de la nueva Ley en el año 2003, es su proceso de reforma. No es habitual que una norma de reciente creación se vea sometida a una revisión tan profunda y tan constante. Si bien es cierto que las anomalías y disfunciones estructurales detectadas y comentadas en relación al Derecho concursal español eran históricas, la tarea del legislador era cerrar la cuestión. Además de la cantidad y profundidad de los problemas del Derecho concursal anterior a la LCon, en favor de los poderes públicos se puede argüir una situación económica que no podía aventurar lo que después sería la realidad: la crisis económica³²¹. No obstante, nos debe seguir llamando la atención la reforma tan activa de la disciplina; cuando una nueva norma viene a revolucionar una materia, se espera de ella la capacidad de ordenar la parcela del Derecho pretendida, sin necesidad de una infinidad de ajustes y reajustes.

Efectivamente reconocemos, como hemos reconocido, la dificultad para compilar el Derecho concursal y paliar los errores históricos en el tema de la insolvencia. Sin embargo, debemos pedir más a los poderes públicos, ya que durante estos años no se han hecho meras adaptaciones a nuevas leyes y conceptos. Al contrario, se ha tratado de variar la institución del concurso consagrada en 2003 con verdaderas transformaciones en su contenido. Las reformas en materia concursal ya no sorprenden al operador jurídico, que se ha acostumbrado a utilizar el proceso concursal sin

³²¹ No obstante, decía ya el Profesor ROJO hace varias décadas, en un contexto concursal muy diferente, que las épocas de crisis no son las más adecuadas para reformar esta rama del Derecho; se corre el riesgo de considerar como normal lo que es excepcional, así como el peligro establecer una disciplina inaplicable en momentos de normalidad. Además, señala que el Derecho concursal es la piedra de toque de las instituciones jurídicas, la más compleja de todas las reformas del Derecho mercantil, y que debe suponer el último peldaño en la reforma del Derecho, no el primero. ROJO, A., “Crisis de la empresa y procedimientos concursales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIV, 1982, págs. 278-279.

seguridad en que su perfil vaya a continuar siendo el mismo. En nuestra opinión esto genera desconfianza hacia la institución y el Derecho en general. La obligación del legislador es procurar certeza y herramientas para que el ciudadano pueda buscar y recibir una solución a los problemas que acontecen. En este sentido, no parece admisible la reforma continua de una parte del ordenamiento, pues no ayuda a crear un clima de seguridad y confianza en la norma, máxime cuando ha sido tan esperada y tan celebrada. La motivación para mantener esta política puede haber sido la imposibilidad de la Ley Concursal para dar respuesta a sus propios postulados. Su aplicación ha determinado que la forma típica de conclusión del proceso es la liquidación y no el convenio como señala la propia Exposición de Motivos. Este desfase entre objetivos y realidad ha acarreado un peso a la normativa concursal que se ha tratado de solucionar a golpe de reforma, y de escapar del propio procedimiento. Todo ello se irá desgranando poco a poco, a continuación.

Aquí vamos a citar y explicar cómo ha sido ese proceso de reforma a través de las propias modificaciones. Esta revisión alcanzará a todas las Leyes y disposiciones que han variado por insignificantemente que haya sido la LCon. Por ello hemos preferido discernir claramente entre las reformas que han supuesto un cambio sustancial en la Ley Concursal y aquellas que tan solo han tocado la norma con ajustes de menor calado.

3.1. Modificaciones sustanciales

- a) Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica

Las reformas introducidas fueron relativas a la publicidad, la administración concursal, la reintegración de la masa, el régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones de los expertos independientes, el reconocimiento y subordinación de créditos, el convenio, la liquidación anticipada, y al ámbito procesal. Estas modificaciones a pesar de contar con dos objetivos principales: la refinanciación de empresas que están atravesando dificultades económicas, dando un carácter menos “liquidatorio” al concurso al proteger a quienes asumen un riesgo al intentar hacer viable mediante financiación el patrimonio concursado; y la reducción de costes tanto

económicos (baremos para la retribución de los administradores concursales) como temporales; contó también con una importante disfunción, que se refiere *al establecimiento de una regulación transitoria concreta para cada una de las reformas introducidas. Así, muchas disposiciones adicionales y transitorias contempladas en el Real Decreto Ley 3/2009 quedan vagantes extra LCon, provocando la quiebra de la unidad legislativa en materia concursal*³²².

En cuanto a la publicidad, se modifica entre otros artículos el 23, que se refiere especialmente a esta cuestión, para señalar que las notificaciones, comunicaciones, trámites (la propia publicidad del proceso) se realizarán preferentemente por medios telemáticos³²³; sustituyendo la anterior redacción que admitía esta posibilidad sin calificarla como preferente. Se puede atisbar en la reforma un intento de dotar de más dinamismo al procedimiento, con un nuevo régimen de publicidad en el constarán, entre otros, el cambio de la situación de intervención o suspensión en relación a las facultades de administración del patrimonio concursado³²⁴. En este nuevo sistema de publicidad juega un papel fundamental el Registro Público Concursal³²⁵, previsto tras esta reforma en el artículo 198 LCon.

Sobre la administración concursal, la principal modificación introducida se refiere a la retribución de este órgano, que a partir de este momento no se basará únicamente a la cuantía del activo y del pasivo y a la complejidad del concurso; ahora entrarán otros dos elementos como criterios para concretar los emolumentos del administrador concursal, a saber: el carácter ordinario o abreviado del procedimiento y la acumulación de concursos. Además, el arancel pasó a ajustarse a cuatro reglas principales: exclusividad, de manera que solo podrán percibir por su participación en el concurso la cantidad resultante de aplicar el arancel; identidad, en el sentido de que todos los administradores concursales que sean profesionales tengan el mismo

³²² VIGUERA RUBIO, J.M., “El Derecho Concursal: concepto y evolución histórica”, *Derecho Mercantil II* (coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), Madrid, Marcial Pons, 2010, págs. 834-835.

³²³ Esta nueva inclinación por los medios electrónicos se deja ver en numerosas disposiciones a partir de 2009, por ejemplo, el artículo 24 LCon, dedicado a la publicidad registral y anotaciones preventivas.

³²⁴ Artículo 6.7 de la reforma, que modifica el artículo 40.4 LCon.

³²⁵ Sin embargo su creación efectiva, en razón del desarrollo reglamentario previsto por la disposición adicional tercera del Real Decreto-Ley 3/2009 no tendría lugar hasta varios años después, a través del Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal.

estipendio (el doble que el administrador concursal cuando sea acreedor persona natural); limitación, ya que la retribución no podrá superar la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso; y efectividad, que indica que el pago de una retribución mínima está garantizada, para los casos en que la masa sea insuficiente, mediante una cuenta arancelaria dotada con aportaciones obligatorias de los propios administradores.

El artículo 71.5 de la LCon también se vio transformado, incluyendo un nuevo tipo de actos no pueden ser objeto de rescisión, en el marco de las acciones de reintegración: las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación.

En otro orden de cosas, la nueva disposición adicional cuarta introdujo los acuerdos de refinanciación como aquellos “alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo”³²⁶.

Entre los créditos subordinados, se añade una nueva categoría, la de aquellos derivados de contratos con obligaciones recíprocas en los que el acreedor ha obstaculizado de forma reiterada el cumplimiento de aquél, en perjuicio del concurso³²⁷. También se matiza, sin demasiados cambios, la lista de personas especialmente relacionadas con el deudor del artículo 93 LCon.

En referencia la reforma, se pronunció el Profesor BELTRÁN, advirtiendo que ésta se dirigió casi únicamente a la anticipación y abaratamiento del proceso, obviándose otras importantes disfunciones como las derivadas del presupuesto objetivo, la *par conditio creditorum* o la maximización del patrimonio concursal. Además, ni siquiera se obtenían soluciones satisfactorias en aquel sentido, otorgando el nuevo apartado tercero del artículo 5 LCon cuatro meses de prórroga para la solicitud de

³²⁶ Artículo 8.3 del Real Decreto-Ley 3/2009.

³²⁷ Nuevo número 7 del artículo 92 LCon.

concurso a los deudores que comunicaran que estaban negociando con sus acreedores un convenio anticipado. Señala el autor que se trató de una reforma inarmónica en el sentido de no valorar los intereses concurrentes en el procedimiento concursal, sino que valoró únicamente las pretensiones de algunos acreedores³²⁸.

b) Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial

Esta norma no era propiamente una reforma en materia concursal, no obstante, sus características aconsejan tratarla aquí. Las modificaciones introducidas por la Ley 13/2009 en el sistema concursal no tienen por objeto la transformación de la disciplina ni están dirigidas a variar aspectos fundamentales de la LCon. De hecho, su incidencia en materia concursal no es, en principio, más que tangencial ya que se trata de la norma que creaba la entonces nueva oficina judicial. Sin embargo, de esta reforma de carácter meramente procesal podemos inferir importantes conclusiones en relación con el procedimiento concursal.

Analizando esta Ley de forma general, sin centrarse en las disposiciones con incidencia concursal, dice SEOANE CACHARRÓN³²⁹ siguiendo opiniones de MORENO CATENA³³⁰ y VILLAGÓMEZ CEBRIÁN³³¹, que la potestad jurisdiccional definida en el artículo 117.3 CE, no es exclusiva de los Jueces ni se limita a la función decisoria. Según esta tesis, además de la competencia clásica, la potestad jurisdiccional engloba otras como las funciones de ejecución, ordenación y documentación. Señala el autor –entendiendo que el Secretario Judicial forma parte del órgano jurisdiccional–, sobre la experiencia de los modelos inglés y alemán, que el papel del Secretario Judicial debería ser más protagonista en las actividades de documentación, ordenación y ejecución. Pero, ¿tienen alguna relación la demanda de más competencias para el

³²⁸ BELTRÁN, E., “La reforma...” *op. cit.*, págs. 661-662.

³²⁹ SEOANE CACHARRÓN, J., “El Secretario Judicial ante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal (civil y penal) para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial”, *Diario La Ley*, nº 7561, 3 de febrero de 2011, pág. 9.

³³⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, J. V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

³³¹ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., “Funciones del secretario judicial en el proceso civil. Análisis de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1867, 2000, pág. 1367.

Secretario Judicial y la reforma concursal? Ciertamente la tienen y es necesario proporcionar algunas claves para entenderla.

La Ley 13/2009, en apariencia inofensiva para el sistema concursal, modifica en torno a 50 disposiciones de la Ley Concursal. En el análisis de la reforma debemos establecer dos niveles, ambos conectados con las ideas enunciadas sobre el Secretario Judicial y su protagonismo en el procedimiento. El primer nivel, más superficial, dimana del estudio sistemático de la reforma y su conclusión es de muy fácil comprensión ya que consiste en el aumento de competencias del Secretario Judicial en el seno del procedimiento concursal. Toda la reforma gira alrededor de esta idea: entregar parcelas de acción al Secretario del Juzgado, cumpliéndose en sede concursal, la demanda general expresada unas líneas más arriba por algunos procesalistas. En ese sentido, se pueden distinguir principalmente tres grupos de modificaciones en la reforma:

– Disposiciones que otorgan funciones al Secretario Judicial que antes estaban en poder del Juez³³².

– Disposiciones que dan funciones al Secretario Judicial que antes no se especificaba por quién debían ser llevadas a cabo³³³.

– Disposiciones donde la denominación “Secretaría del Juzgado” se ha sustituido por “Oficina judicial”³³⁴.

Existen algunas normas que escapan a esta regla, como las que establecen competencias nuevas para el Secretario Judicial, o determinan el régimen de recursos a sus resoluciones. También se incluye dentro de la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez de lo Mercantil “las acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad

³³² Se concretan en los artículos: 13.1, 18.2, 21.5, 24.5, 29.1, 51.2 (aparece en dos grupos porque ambas circunstancias concurren en su párrafo primero), 61.2, 64.6, 107.1, 109.1, 114.1, 117.3, 128.1, 129.2, 139.1, 148.1, 184.7, 195 LCon.

³³³ A pesar de ello en según qué casos se podía inferir que era competencia del Juez. Se concretan en los artículos: 19.4, 37.4, 51.2 (aparece en dos grupos porque ambas circunstancias concurren en su párrafo primero), 99.1, 111.2, 169.2, 170.3, 178.3, 186 LCon.

³³⁴ Artículos: 96.4, 98, 108.2, 111.1, 113.1, 115.2, 115.3, 142.1, 142.2, 152, 185 LCon.

concurada”³³⁵. Pero como se ha dicho, el espíritu de la reforma va casi en exclusiva en la dirección de ensanchar el haber competencial del Secretario Judicial. Todas esas funciones ganadas por el Secretario tienen un fuerte carácter procesal, lo que lo sitúa como un importante actor en la vertiente procedimental del concurso.

El segundo nivel de análisis, se referiría a la relación entre el Juez y esta pérdida de funciones. A primera vista, el Secretario Judicial ha ganado y el Juez ha perdido, sin embargo, debemos mirar más profundamente al contenido de la Ley 13/2009 y aplicarla al ámbito concursal. Realmente, en esta esfera el Secretario ha ganado competencias meramente procedimentales. Sin valorar la importancia –no hace falta– del Derecho procesal aplicado al concurso, sería interesante estudiar el remanente competencial del Juez: no las funciones que ha perdido sino las que ha mantenido. Esta reforma desde luego se ha realizado en pos de la agilidad y eficiencia de la Justicia; no obstante, en ese intento opinamos que lejos de reducir el papel del Juez, lo ha llevado hasta un máximo desconocido. Si el Juzgado pierde competencias de naturaleza procesal, efectivamente pierde en términos absolutos. Pero, ¿qué ha mantenido el Juez? La respuesta es muy sencilla: el núcleo del proceso. Una vez más, que el Secretario Judicial haya descargado el trabajo de notificación, comunicación, etc., que antes tenía el Juez evidentemente le ha situado dentro del proceso concursal. Ahora bien, esto ha permitido que el titular del Juzgado mantenga una posición preeminente dentro del concurso, señalándose como uno de los sujetos concursales verdaderamente básicos. Antes podíamos dudar si el Juez de lo Mercantil era un árbitro sin relevancia dentro del concurso, pero despojarle a través de esta reforma de tantos empeños procedimentales, manteniendo sus atribuciones más sustanciales para nosotros es síntoma inequívoco de estar ante la caracterización de un órgano concursal considerado como realmente importante.

Por lo tanto, se pueden hacer varias lecturas de esta reforma, que en principio parecía únicamente de corte procesal, pero que en virtud de estas ideas podríamos calificarla como intensa y sustancial, ya que hace entrar al Secretario Judicial de lleno en el proceso; elevando al Juez a la primera línea del concurso en virtud de la traslación de competencias que en manos del Juez solo conseguían un procedimiento más tedioso.

³³⁵ Artículo 8.1.6º LCon.

c) Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

La regulación concursal fue modificada también en el año 2011. En este caso se legisló sobre: institutos “pre-concursales” (acuerdos de refinanciación y concepto de “dinero nuevo”), administración concursal, ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado, régimen de las acciones directas y de las acciones contra los administradores de sociedades de capital concursadas, modificación de la regulación del IVA en la transmisión de bienes inmuebles, tramitación coordinada de los concursos y consolidación de las masas activas y pasivas, declaración del concurso como culpable, expedientes de regulación de empleo, concurso sin masa, concurso de entidades deportivas, etc³³⁶.

Ya en la Exposición de Motivos de esta Ley, completamente dedicada a la reforma de la LCon, se reconoce el desfase entre los propósitos de la normativa concursal y la realidad dimanante de la aplicación de la LCon en sus primeros años de vida. En concreto, la norma se lamenta de la falta de procesos que finalicen con convenio, acudiéndose casi siempre a la liquidación, lo que supone un claro incumplimiento de los objetivos propuestos por el legislador. Se trata probablemente de la reforma más amplia que ha sufrido nuestro sistema concursal desde el año 2003, extremo que no pasó desapercibido para nuestra doctrina. De ella se ha escrito mucho – quizá demasiado–, ya que ha supuesto un antes y un después en la práctica concursal, sobre todo, del aspecto más controvertido de la Ley 38/2011: los acuerdos de refinanciación. Éstos fueron introducidos por el Real Decreto 3/2009, no obstante, su caracterización fue pobre hasta 2011, donde se incide sobre ellos con especial atención por parte de la reforma. Como se ha dicho, la bibliografía que analiza la cuestión de la reforma y en especial, los acuerdos de refinanciación, es extensa, diversa y difícilmente abarcable³³⁷. Aquí, que pretendemos explicar los cambios sufridos por nuestra

³³⁶ Vid. HURTADO, S., “La Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal: Modificaciones esenciales introducidas”, *www.diariojurídico.com*, 02/01/2012; y BOU, A. “La Reforma de la Ley Concursal, un análisis desde Jausas Abogados”, *www.diariojurídico.com*, 8/11/2011.

³³⁷ Desde la tramitación de la norma y hasta después de su aplicación, la cuestión ha suscitado gran interés en la doctrina, entre otros: PULGAR EZQUERRA, J., “*Fresh money* y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº16, 2012, págs. 67-83, y “«Acuerdos de refinanciación y escudos

legislación concursal, debemos expresar en qué consistió este nuevo acuerdo de refinanciación; y por qué la Ley 38/2011 modificó profundamente el tratamiento jurídico de la insolvencia. Valoraremos varios aspectos básicos de la reforma, comenzando por estos acuerdos de refinanciación que tanto debate han suscitado.

La Ley 38/2011 efectivamente desarrolló los llamados institutos preconcursales iniciados en la reforma de 2009, con la vista puesta en los ordenamientos de otros países que ya estaban estableciendo estos mecanismos: Italia con el artículo 182 bis de la *Legge Fallimentare*³³⁸ que caracteriza los *accordi di ristrutturazione dei debiti*, Reino

protectores» en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003”, *Diario La Ley*, nº 7731, 8 de noviembre de 2011, págs. 1-7; BELTRÁN, E., “La reforma...” *op. cit.*, págs. 659-676; OLIVENCIA, M., “Las reformas de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº16, 2012, págs. 17-24, y “Los motivos de la reforma...” *op. cit.*, págs. 23-30; MUÑOZ DE BENAVIDES, C., “La finalidad del concurso de acreedores. Reformas introducidas por la Ley 38/2011”, *Actualidad Civil*, La Ley, nº 21-22, 2011, págs. 2448-2453; DÍAZ MORENO, A., “Finalización de la fase común, comunicaciones posteriores de créditos y modificación del texto definitivo de la lista de acreedores en el proyecto de reforma de la Ley Concursal: primeros apuntes”, *Materiales de la reforma concursal 2009-2011* (coordinado por BELTRÁN, E. y CAMPUZANO A. B.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 641-648; LÓPEZ MÁÑEZ, L., “Administración concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº16, 2012, págs. 143-170; CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., “El administrador concursal persona jurídica: su naturaleza jurídica en la Ley 38/2011”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº17, 2012, págs. 145-153; ESTEBAN VILLAR, J. L., “Los «insiders» en el concurso de acreedores”, *Diario La Ley*, nº 7908, 24 de julio de 2012, págs. 10-13; PALOMAR OLMEDA, A., “La reforma de la Ley Concursal en materia de entidades deportivas”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº16, 2012, págs. 85-95; AZOFRA VEGAS, F., “La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº16, 2012, págs. 127-141; JACQUET YESTE, T., “Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº18, 2013, págs. 107-123; NIETO DELGADO, C., “Reforma concursal: diez críticas esenciales al Proyecto de Ley”, *Materiales de la reforma concursal 2009-2011* (coordinado por BELTRÁN, E. y CAMPUZANO A. B.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 621-632; SENÉS, C., “El procedimiento abreviado en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley Concursal”, *Materiales de la reforma concursal 2009-2011* (coordinado por BELTRÁN, E. y CAMPUZANO A. B.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 633-640.

³³⁸ Sobre estos acuerdos, en la doctrina italiana destaca: FRASCAROLI SANTI, E., “Articolo 182 bis”, *Commentario breve alla Legge Fallimentare* (diretto da MAFFEI ALBERTI, A; coordinato da GUERRIERI, G.), Padova, CEDAM, 2013, págs. 1227-1265.

Unido a través de los *scheme of arrangement*³³⁹ de los artículos 895 a 900 de la *Companies Act*, Francia con su *accord de conciliation* del artículo 611-7 del *Code de Commerce*, Brasil con la *Lei de Recuperação de Empresas e Falências* (artículos 161 y ss) o Argentina mediante los artículos 69 a 76 (acuerdos preventivos extrajudiciales) de la Ley 24.522. La importancia de esta nueva corriente casi global en el Derecho concursal tiene consecuencias sobre la caracterización del sistema y sus perfiles más elementales. En concreto, el debate en torno a la pertinencia de estos institutos y su valoración técnica son las cuestiones más enjuiciadas por la doctrina en relación a esta reforma de la legislación concursal.

Con la Ley 38/2011, los acuerdos de refinanciación introducidos en 2009 cambian un poco la sistemática ya que la definición de aquella disposición adicional cuarta pasa al artículo 71.6 LCon, en virtud de la imposibilidad de rescindir aquéllos siempre que cumplan determinadas condiciones. Por tanto, en 2011 se inició un tratamiento sistemático que nos sorprende ya que en vez de caracterizar en un artículo o sección especial todas las particularidades y conceptos relativos a la refinanciación, se utilizaron dos preceptos (principalmente el art. 71.6 y la disposición adicional 4ª, aunque no solo ellos) muy alejados sistemáticamente y que no se identifican con la importancia que se quería dar a los institutos preconcursales. De hecho, se lamentaba el Profesor BELTRÁN de que no se hubiera concentrado la materia, incluso en un nuevo título, manteniéndose *ocho normas diferentes desperdigadas a lo largo del texto; algo que atenta contra la seguridad jurídica y que no tiene una explicación clara*³⁴⁰.

Como se ha dicho, el concepto de acuerdo de refinanciación en 2011 se trasladó, aunque no de forma tan clara antes, al artículo 71.6 LCon, al expresar que éstos son actos que no pueden ser objeto de rescisión si cumplen algunas exigencias entre las que figuran la “ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas”. Se trata de un acuerdo de refinanciación que era único hasta 2011 y que, utilizando la terminología de PULGAR EZQUERRA

³³⁹ Vid. (en castellano) PAYNE, J., “Schemes of arrangement y reestructuración de deuda en el derecho inglés”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº22, 2015, págs. 315-328.

³⁴⁰ BELTRÁN, E., “La reforma...” *op. cit.*, pág. 664.

ahora recibirá el nombre de acuerdo de refinanciación general; en contraposición a los acuerdos de refinanciación particulares, que pasan a encontrarse en la disposición adicional cuarta LCon. En ella, se introdujo en esta reforma la posibilidad de homologar judicialmente un acuerdo en las condiciones y con los requisitos allí expresados. La particularidad de estos acuerdos extrajudiciales es que deben haber sido suscritos por un porcentaje mínimo del “pasivo financiero”, esto es, de las deudas que tenga el deudor con entidades de ese tipo. Por lo tanto, frente al acuerdo general con todo tipo de acreedores que determina la imposibilidad de rescindir dichos acuerdos (art. 71.6 LCon), desde la Ley 38/2011 vamos a hablar también del acuerdo particular que es aquel que se da en relación a los acreedores entidades financieras del deudor³⁴¹. En ambos casos nos referimos a acuerdos de naturaleza conservativa y no liquidatoria³⁴², sin embargo, el aspecto subjetivo como ya hemos visto y las consecuencias que se derivan de uno y otro son diferentes. A pesar de tratarse de dos categorías dentro de una misma herramienta preconcursal, el legislador decidió instaurar una sistemática un tanto compleja y que no ayuda a dotar de relevancia y operatividad a los institutos concursales. Entre el apartado sexto del artículo dedicado a la acción de reintegración (art. 71 LCon) y la disposición adicional cuarta encontramos buena parte del régimen de los tan esperados acuerdos de refinanciación. Por estas razones, entendemos como sorprendente el tratamiento legal de una cuestión que se presentaba como la panacea para los problemas del concurso en España y que se vio relegada a una disposición adicional, un apartado dentro de un precepto dedicado a otro elemento del concurso y algunas menciones dispersas que caracterizan su régimen jurídico.

La Profesora PULGAR EZQUERRA³⁴³ señala concretamente qué escudos protectores defienden el crédito obtenido por el deudor en sede preconcursal con motivo de los acuerdos de refinanciación de uno y otro tipo: refiriéndonos a los escudos generales, que comparten los acuerdos generales y particulares, éstos se concretan en la protección frente a solicitudes de concurso necesario, la protección frente a la rescisión concursal y reconocimiento del privilegio al “dinero nuevo” a través de la prededucibilidad del 50%; mientras que en el caso de los acuerdos particulares

³⁴¹ Al menos deben representar el 75% del pasivo financiero.

³⁴² PULGAR EZQUERRA, J., “«Acuerdos de refinanciación...” *op. cit.*, pág. 3.

³⁴³ *Ibidem*

habríamos de sumar a aquéllos la extensión de las esperas alcanzadas a los acreedores financieros no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real y la paralización de ejecuciones singulares. La Ley 38/2011 trata de hacer atractiva para la entidad financiera la refinanciación de empresas a través de estos escudos protectores que son más vigorosos en el caso de acuerdos particulares, es decir, los que reúnen a la gran mayoría del pasivo financiero y que además cuentan con la homologación judicial.

Este aspecto de la reforma ha contado con opiniones en todos los sentidos, aunque ha sido recurrente como motivo de crítica desde la inclusión de los acuerdos de refinanciación en 2009, la consideración de los institutos preconcursales como una forma de proteger y defender a los bancos, entidades que ya tienen un poder preponderante en el sistema económico y que en algunas ocasiones han mantenido su negocio a base de prácticas que no gozan de una buena consideración ética o social. Se ha dicho que la Ley 38/2011 ha situado en una posición excesivamente privilegiada a los bancos, o bien que la reforma ha tratado de beneficiarlos de manera injusta³⁴⁴. En este sentido, destacan los problemas que pone de manifiesto ESTEBAN VILLAR³⁴⁵ en relación a la calificación del crédito de las entidades financieras tras el concurso de empresas promovidas por ellas mismas³⁴⁶.

A favor de la reforma, se han expresado varios argumentos como: el alivio de los Juzgados de lo Mercantil colapsados por la carga de trabajo resultante de la crisis económica y el aumento exponencial del número de procedimientos concursales; la mejora de los escudos protectores contenidos en el Real Decreto 3/2009; y la necesidad de dar seguridad a los acreedores financieros, ya que en definitiva su dinero es de los depositantes y el mayor riesgo que corren al invertir en una empresa en crisis debe verse recompensado por una expectativa real y efectiva de recuperarlo³⁴⁷. En ese sentido se elimina un elemento consustancial a toda inversión, el riesgo, en pos de un intento de

³⁴⁴ NIETO DELGADO, C., “Reforma concursal...” *op. cit.*, págs. 623-625.

³⁴⁵ ESTEBAN VILLAR, J. L., “Los «insiders» en...” *op. cit.*, págs. 10 y ss.

³⁴⁶ Contra un problema de esta naturaleza, en que la entidad bancaria actúa como administrador de hecho de la concursada, y calificando su crédito como subordinado por esta cuestión, se puede consultar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Málaga, 160/2011, de 7 de abril (AC 2011/1917), FD 4º.

³⁴⁷ PULGAR EZQUERRA, J., “«Acuerdos de refinanciación...” *op. cit.*, pág. 2.

mejorar la circulación del crédito refinanciador. Dice PULGAR EZQUERRA³⁴⁸ sobre la posición de los bancos en el proceso concursal: *No se trata, por tanto, de alterar los fines del sistema concursal anteponiendo la conservación o saneamiento a la satisfacción de los acreedores, pues lo prioritario es y debe seguir siendo la satisfacción de los acreedores, sino de permitir que dicha conservación instrumental respecto de la satisfacción de los acreedores sea propiciada en mayor medida de lo que ha sido en el contexto de la originaria redacción de la LC 22/2003. Es precisamente en este marco en el que se fundamenta y ha de situarse la introducción legal en nuestro Derecho, en virtud de la Ley 38/2011, de Reforma de la Ley Concursal, del denominado privilegio del fresh money preconcursal, que no habría de interpretarse como un ius singulare a favor de la banca, en el marco de una posición preeminente del acreedor financiero frente a otros acreedores, sino como un incentivo que por la vía de la prededucción concursal perseguiría compensar la situación de mayor riesgo contractual en que dicha financiación preconcursal se concede (do ut des). Incluso utiliza la autora el aforismo latino *do ut des* (“doy para que des”³⁴⁹), pero parece que en su opinión el legislador no da suficiente, ya que entiende que el privilegio del dinero nuevo debía haber alcanzado a la prededucibilidad del 100% del crédito refinanciador en base a los razonamientos recién señalados³⁵⁰. No obstante, y a pesar de estos “puntos fuertes” de los acuerdos de refinanciación o de la propia homologación judicial, señala OLIVENCIA³⁵¹ que se trata de una pieza ajena al sistema, cuyos efectos son exorbitantes para tratarse de un negocio jurídico *inter partes*; con la consiguiente distorsión del tratamiento igualitario de los acreedores.*

Aparte de los acuerdos de refinanciación, la Ley 38/2011 se ocupa de modificar otros aspectos de la normativa concursal:

– Se intenta dotar de mayor celeridad al procedimiento. El procedimiento abreviado pasa a dar una nueva redacción al Capítulo II del Título VII LCon. Esta forma simplificada de concurso se reserva para determinados casos que quedan descritos en el artículo 190LCon. El precepto establece dos marcos diferenciados: por un lado

³⁴⁸ PULGAR EZQUERRA, J., “*Fresh money...*” *op. cit.*, pág. 70.

³⁴⁹ Se complementa con *do ut facias* (doy para que hagas) y *facio ut facias* (hago para que hagas).

³⁵⁰ PULGAR EZQUERRA, J., “*Fresh money...*” *op. cit.*, pág. 74.

³⁵¹ OLIVENCIA, M., “*Las reformas...*” *op. cit.*, pág. 22.

encontramos los casos en que el Juez puede aplicar o no el procedimiento abreviado según propio criterio, esto es, aquellos que no revistan especial complejidad³⁵² o bien “cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo” (art. 190.2 LCon); y por otro, los casos en que el Juez debe aplicar necesariamente el procedimiento abreviado *ex* artículo 190.3 LCon, es decir, cuando el deudor presente “un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo”. Además, la Ley 38/2011 establece una limitación a las solicitudes de prórroga para la presentación del informe provisional de la administración concursal y permite la liquidación anticipada del patrimonio del deudor cuando éste la solicite en los primeros momentos del concurso. Estas medidas en aras de la rapidez en la tramitación del procedimiento, no obstan para que la valoración general de OLIVENCIA sobre los efectos de esta reforma en relación con la celeridad del concurso sea poco favorable, lo que expresa diciendo: *la pieza clave en el orden temporal, que es la solicitud de concurso, lejos de acelerarse se retrasa con el nuevo art. 5 bis, porque basta que el deudor comunique al Juzgado que ha iniciado negociaciones con sus acreedores, y que el Secretario deje constancia, para exonerar del deber de solicitar la declaración de concurso, obtener un plazo de tres meses más para alcanzar el acuerdo y, en caso negativo, de un mes más para solicitar la declaración de concurso. Ese efecto dilatorio es enormemente perjudicial para el interés del concurso y queda al alcance de cualquier deudor desaprensivo. Una contradicción de la reforma con sus propios motivos*³⁵³.

– Apoyo a la solución pactada. Dada la falta de procedimientos que concluyeran en convenio, el legislador se vio obligado a promocionar este tipo de solución

³⁵² Para cuya determinación proporciona el artículo 190.1 una serie de criterios, tratando de facilitar la tarea al Juez. Éstos se basan en el volumen del pasivo, el número de acreedores o la valoración de bienes y derechos. Sobre la cuestión, *vid.* COMENDADOR, D., “La nueva tramitación abreviada del concurso de acreedores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº17, 2012, págs. 257 y ss; SENÉS, C., “El procedimiento abreviado” *op. cit.*, págs. 634 y ss.

³⁵³ OLIVENCIA, M., “Los motivos...” *op. cit.*, pág. 28.

concurzal. En este sentido, destaca MUÑOZ BENAVIDES, entre otras acciones: la posibilidad de aprobar una propuesta anticipada de convenio con eficacia desde la sentencia que lo apruebe, o no formar la sección sexta (de calificación) cuando efectivamente se haya llegado a la suscripción de un convenio anticipado³⁵⁴.

– Administración concursal. Con esta reforma, la administración concursal como órgano absolutamente específico de la institución experimentó no pocos cambios, de los que destacamos tres³⁵⁵. En primer lugar la transformación del órgano, que pasa a ser unipersonal en condiciones normales en vez de colegiado y con tres miembros, como lo concebía la Ley 22/2003. En segundo lugar, se introduce el concepto de “concurso de especial trascendencia” para los que el ordenamiento prevé que el Juez nombre un segundo administrador que será un “acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe”³⁵⁶. La reforma introdujo el artículo 27 bis para determinar qué criterios se aplican para determinar que un concurso es de especial trascendencia: la cifra de negocio anual, el importe de la masa pasiva declarada, número de acreedores manifestado por el concursado y el número de trabajadores. No obstante, la Ley 38/2011 prevé otras circunstancias que también pueden implicar el nombramiento de un segundo administrador concursal, como el interés público (de libre apreciación) o el elevado peso relativo de los créditos laborales, que puede determinar el nombramiento de un representante de los trabajadores. En tercer lugar, además del aumento del grado de profesionalización que se pide a los administradores concursales, identificamos otra tendencia, y es que el modelo se hace más *societarizado* como ya solicitaba antes de la reforma YANES YANES³⁵⁷. A partir de esta Ley, se admite que una persona jurídica sea nombrada administrador concursal. Para CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO³⁵⁸, se trata pretendidamente de *un mecanismo que permite al concurso beneficiarse de las bondades propias de una administración concursal unipersonal, en esencia, las*

³⁵⁴ MUÑOZ DE BENAVIDES, C., “La finalidad...” *op. cit.*, pág. 2451.

³⁵⁵ *Vid.*, sobre la cuestión: LÓPEZ MÁÑEZ, L., “Administración concursal...” *op. cit.*, págs. 143-170.

³⁵⁶ Artículo 27.2.3º LCon según su redacción por la Ley 38/2011.

³⁵⁷ YANES YANES, P., “La reforma (inacabada) de la administración concursal en el Real Decreto-Ley 3/2009, de 30 de marzo”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº11, 2009, pág. 114.

³⁵⁸ CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., “El administrador...” *op. cit.*, pág. 146.

relativas a la celeridad y reducción de costes de proceso, garantizando, por otro lado, las ventajas que ofrece una administración concursal pluripersonal, dado que a la persona jurídica administrador concursal se le impone la integración de «al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas». Por ello, el legislador parece haber optado por potenciar la figura del administrador profesional persona jurídica como mecanismo de profesionalización de la administración concursal y como figura en la que confluyen las ventajas propias (i) de una administración concursal unipersonal, dado que formalmente, al ser la persona jurídica el administrador concursal la administración concursal mantiene esta condición, y (ii) las provenientes de una administración concursal pluripersonal.

– Concurso de entidades deportivas. La Ley 38/2011 a través de una nueva disposición adicional segunda bis, insta al Gobierno a remitir un proyecto de Ley sobre especialidades del tratamiento de la insolvencia de las sociedades y asociaciones deportivas profesionales, calificadas así por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, y de los créditos salariales de sus deportistas. Así, se reconoce la especificidad de la problemática deportivo–concursal, cuyos efectos habían ya dado lugar a problemas de interpretación judicial. En este sentido, la aplicación de la Ley Concursal a entidades deportivas en los primeros años de vida de aquélla había desatado la polémica en relación al descenso administrativo de las entidades deportivas ante el impago de cuotas corporativas. Los Juzgados de lo Mercantil entendieron que las entidades deportivas insolventes acogidas al concurso de acreedores no podían ser objeto del llamado “descenso administrativo”, que impide participar en una competición determinada a quienes no cumplen las obligaciones económicas con la misma. En este sentido, algunos juzgados como el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Cádiz³⁵⁹, mantuvieron una línea interpretativa consistente en dejar en suspenso las disposiciones contenidas en el reglamentos deportivos, manteniendo a las entidades deportivas concursadas en su categoría para evitar que perdieran su principal activo y con ello, sus probabilidades de no desaparecer. Tras la reforma concursal de 2011, esta línea jurisprudencial se ha querido revertir, señalando el primer párrafo de la disposición adicional segunda bis

³⁵⁹ En relación a la suspensión de la efectividad del artículo 104 del Reglamento General de la Federación Española de Fútbol (RGFEF), *vid.* Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Cádiz, de 14 de julio de 2009 (AC 2011/1663) en el concurso del Algeciras Club de Fútbol; y Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, de 2 de julio de 2010 (AC 2011/1679) en relación al Racing Club Portuense.

LCon que la aplicación de la legislación concursal no debe impedir la vigencia de la regulación propia de la competición. Por tanto, se elimina esta posibilidad interpretativa, que había tratado con benevolencia a los clubes deportivos en dificultades. Al hilo de esta modificación, se lamenta PALOMAR OLMEDA de que el criterio y requisito para la participación en competiciones oficiales es la satisfacción de ciertas cuotas corporativas y no la solvencia de la entidad; pudiendo dudarse si se está planteando un privilegio concursal de *facto*³⁶⁰. Tampoco agrada la reforma a OLIVENCIA³⁶¹, que señala por un lado cómo determinadas normas deportivas de naturaleza y rango discutible pueden prevalecer bajo el tenor de la disposición adicional segunda bis a la Ley Concursal; y por otro, que los deportistas han entrado con la Ley 38/2011 en un grupo especialmente protegido, derivado de una posible legislación especial que antes de la reforma se reservaba a las entidades financieras en virtud de razones que no concurren en el caso del deporte³⁶². Según este autor, la reforma en este punto atenta contra la satisfacción de los acreedores en general y, en particular, contra principios del orden constitucional como la jerarquía, la irretroactividad de normas o y la seguridad jurídica; y del sistema concursal como el principio de unidad, de *par conditio creditorum*, de universalidad del procedimiento, jurisdicción del Juez del concurso y continuación de la actividad económica del deudor.

– Se introduce un nuevo régimen jurídico para los concursos sin masa a través del artículo 176 bis. El precepto añadió un hasta entonces insólito orden de prelación dentro de los propios créditos contra la masa cuando el activo fuera insuficiente para satisfacer todos los créditos: “1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional; 2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago; 3.º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional; 4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso; 5.º Los demás créditos contra la masa”.

³⁶⁰ PALOMAR OLMEDA, A., “La reforma de...” *op. cit.*, pág. 95.

³⁶¹ OLIVENCIA, M., “Los motivos...” *op. cit.*, págs. 29-30.

³⁶² Destacan: el Influjo de normas sectoriales de la UE, la posición estratégica del sector financiero en la economía nacional y europea, la supervisión de las entidades en un marco regulatorio público, el rango de Ley de todas las normas especiales.

– Concursos conexos. Dentro del Título I de la Ley, se establece un nuevo Capítulo III con la rúbrica “De los concursos conexos”, reconociéndose entidad propia a esta forma de concurso. Desde 2011, los concursos acumulados y los declarados conjuntamente se tramitan –sin consolidación de masas– de forma coordinada. De forma excepcional, prevé el artículo 25 ter añadido por la Ley 38/2011, que se puedan “consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados”.

En definitiva, la Ley 38/2011 supuso la mayor reforma que ha tenido nuestro joven sistema concursal iniciado con la Ley 22/2003. Aquélla ha pivotado principalmente, sobre los acuerdos de refinanciación y las implicaciones que su caracterización tiene para la regulación de la insolvencia; siendo una reforma profundamente discutida. Entre sus detractores, destacamos por la intensidad de sus críticas al Profesor OLIVENCIA³⁶³, que expresa la impertinencia de reformar una norma de corte concursal en tiempos de crisis. La Ley 22/2003 se promulgó en otro contexto económico pero por encima de esa circunstancia, se promulgó como una Ley que regulaba el tratamiento jurídico de la insolvencia, por tanto, se pervierte su sentido si tratamos de convertirla en una suerte de Ley anticrisis. Dice el citado autor que la tendencia reformadora está introduciendo disfunción en el sistema concursal desde el Real Decreto-Ley 3/2009. No duda en calificar el ánimo reformador del legislador en este punto como fuego ametrallador contra la Ley Concursal, entendiendo que esto introduce inseguridad jurídica y altera el mecanismo del Derecho concursal como respuesta a la insolvencia, quedando más debilitado que corregido en consecuencia. La LCon –añade–, fue dictada en un periodo de normalidad, como suelen promulgarse las normas amplias y que versan sobre toda una parcela del ordenamiento, pudiendo subsanarse sus disfunciones mediante la práctica continuada y la interpretación judicial. De forma que OLIVENCIA admite la posibilidad de mejorar la Ley Concursal, pero niega que sea imputable a la misma el incumplimiento de fines como la continuidad de la actividad económica. Incide en que esta norma es un instrumento de política jurídica para el tratamiento de la insolvencia y no *un instrumento de política económica para*

³⁶³ OLIVENCIA, M., “Las reformas...” *op. cit.*, págs. 17-24; “Los motivos...” *op. cit.*, págs. 23-30.

luchar contra la crisis. Entiende que el efecto de cadena en relación a la insolvencia ha sido promovido por una patología del sistema económico que poco tiene que ver con una norma que prevé el desarrollo normal de la esfera económica, muy lejos de la *pandemia* sufrida por nuestro Estado. Las situaciones excepcionales requieren soluciones excepcionales y no reformas permanentes que deformen el Derecho concursal. En esa línea de medidas excepcionales propone: *aumentar el número de Juzgados de lo Mercantil, o dotar a los existentes de apoyos extraordinarios, recursos humanos y materiales adecuados al volumen de trabajo determinado por la crisis, porque las insuficiencias, más que en la LC, están en los órganos que han de aplicarla, escasos e infradotados*³⁶⁴.

No podemos estar de acuerdo en que la Ley 22/2003 sirve, y sirve bien, a los objetivos que la motivan y a los principios con los que trata de dar configuración al Derecho concursal español. En situación de crisis o de bonanza, los mecanismos previstos en la LCon han determinado un porcentaje irrisorio de procedimientos finalizados con una solución pactada. Por encima de la situación económica, el sistema no ha sido capaz de respetar sus objetivos, quebrando desde sus bases (como se pondrá de manifiesto de forma justificada en otro lugar de este estudio). No obstante, coincidimos en que el movimiento de “reforma de la reforma” ha debilitado el sistema, o por lo menos lo ha desnaturalizado. La LCon refundó el procedimiento concursal como un instituto fuerte, poderoso y del que no debía escapar ningún deudor insolvente, confiando en que dicho proceso era la mejor, la única manera de salir de esa indeseable situación patrimonial. El ánimo reformador iniciado en 2009, y confirmado en 2011, ya sea por motivo de la crisis o de la propia inadecuación de la norma, ha ido encaminado a buscar una solución a la insolvencia fuera de procedimiento concursal. De esta forma, a un instituto nuevo, llamado a sustanciar buena parte de los asuntos ventilados en los Juzgados de lo Mercantil, ante la constatación de ciertas disfunciones. En lugar de paliarlas, el legislador ha tratado de esquivarlas a través de los institutos preconcursales. Estas reformas intentan minimizar el número de insolvencias que acaban (o empiezan) con la declaración de concurso y ello no es admisible puesto que es el propio procedimiento que el ordenamiento establece a tal efecto. Lo razonable cuando una pieza del sistema jurídico no funciona es arreglarla o sustituirla; lo que nuestro

³⁶⁴ OLIVENCIA, M., “Las reformas...” *op. cit.*, pág. 21.

legislador ha hecho vía Real Decreto-Ley 3/2009 y Ley 38/2011 es sortear el procedimiento buscando una solución fuera de él. Lo verdaderamente insólito es que ha realizado esta extraña maniobra manteniendo el procedimiento sin una modificación que le permita acomodarse a la realidad social, y más insólito aún es que estas prescripciones anti-concursales están dentro de la propia LCon. Los poderes públicos han plantado la semilla de la destrucción de todo el proceso concursal dentro de la norma, no porque los institutos preconcursales sean contrarios al concurso en sí –lo que es discutible– sino porque el sentido con el que éstos han irrumpido en el ordenamiento es el de evitar el concurso propiamente dicho. Hubiéramos preferido una reforma más *sosegada*, en esto traemos el calificativo dado por OLIVENCIA, para hacer realidad lo que en nuestra opinión hubiera sido un Derecho concursal adaptado a las necesidades, con unos institutos preconcursales y un procedimiento ambos válidos. No entendemos el mantenimiento de la LCon como una norma “apestada”, cuya aplicación debe ser marginal y evitada siempre que sea posible. Nos gustaría pensar que cada norma tiene su cometido; y la Ley 22/2003 o la que venga a sustituirla debería tenerlo. Nunca podrá ser admisible una norma que evita el procedimiento establecido por despejar los Juzgados. El Derecho sirve al ciudadano y no a los poderes públicos de manera que admitir, como se ha admitido esta motivación de la Ley 38/2011, nos da que pensar en la protección que se ofrece al justiciable, ya que tratamos de evitarle un proceso establecido con todas las garantías por razones técnicas que poco tienen que ver con su bienestar.

d) Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización

En el año 2013, el legislador siguió este sorprendente movimiento de reforma. No es sorprendente reformar una Ley, pero sí lo es hacerlo en 2009, 2011 y 2013 tratándose de una norma promulgada tan solo unos años antes y después de tanto tiempo de espera. Esta vez, fue la llamada “Ley de emprendedores” la que hizo modificar la ya difícilmente reconocible LCon³⁶⁵. Agruparemos en torno a tres cuestiones los cambios acontecidos *ex* Ley 14/2013 en el Derecho concursal español.

³⁶⁵ El análisis sistemático de esta reforma, artículo por artículo, se puede consultar en: CARAZO GONZÁLEZ, I., y DOMÍNGUEZ RUIZ, G., “Modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio,

La primera de ellas se refiere a los nuevos acuerdos extrajudiciales de pago, que suponen la inclusión de un Título X en la Ley Concursal. Sin duda, todo un nuevo título dedicado a la cuestión determina la relevancia que el legislador ha querido otorgar a estos instrumentos, sobre todo cuando no lo ha hecho con anterioridad en lo relativo a los acuerdos de refinanciación. Este nuevo instrumento resulta tener un encaje realmente complicado en el sistema, pues su naturaleza, propósito y técnica son difíciles de calificar. En primer lugar, el acuerdo extrajudicial de pago viene a ocupar un lugar entre los institutos preconcursales, sin embargo, no son un subtipo ni se relacionan con los acuerdos de refinanciación. Se ha vuelto a configurar por lo tanto un modo de evitar el procedimiento concursal en sí. Es por ello que lo denominamos instituto preconcursal, aunque bien podríamos haberlo llamado solución alternativa al concurso o con menos tacto, instituto anticoncursal, que respondería más a su verdadera inspiración, ya que contribuye tanto o más que los acuerdos de refinanciación al desmantelamiento de la regulación concursal principal y ordinaria.

En virtud de la Ley de Emprendedores, en la propia LCon se añadió una nueva herramienta concursal o preconcursal (no debe tener otra denominación estando en ese cuerpo legal) en el tratamiento jurídico de la insolvencia, de límites un tanto confusos. Como instituto preconcursal lo califica CONDE FUENTES³⁶⁶, señalando que es un instrumento cuyo desarrollo es incompatible con el procedimiento concursal y también con el inicio del proceso negociador tendente a la consecución de un acuerdo de refinanciación³⁶⁷. Dice además, que se trata de institutos antagónicos al tener objetivos diversos; atribuyendo a los acuerdos de refinanciación el objetivo de la superación de la insolvencia y al acuerdo extrajudicial de pagos el objetivo de la flexibilización de las

Concursal, introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, Centro de Estudios Financieros, nº 369, 2013, págs. 149-176.

³⁶⁶ CONDE FUENTES, J., “Novedades concursales de la ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (Ley 14/2013, de 27 de septiembre)”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, nº1, 2013, pág. 38.

³⁶⁷ Esta incompatibilidad manifestada en las dos vertientes aludidas es puesta de relieve también por FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 32, 2014, págs. 89-153.

obligaciones del deudor insolvente. Por su parte, OLIVENCIA³⁶⁸ lo denomina *mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios*.

Estamos ante un remedio que el ordenamiento ha situado dentro de la principal norma concursal, por estar dirigido a sanear la situación patrimonial del deudor insolvente. El proceso en este caso se iniciaría a instancias del deudor³⁶⁹, lo que activará la competencia del Notario o Registrador Mercantil³⁷⁰ (según el caso) para designar a la persona que impulsará los trámites necesarios para la consecución de una solución pactada entre el deudor y sus acreedores. Esta figura, de nueva creación, recibiría el nombre de “mediador concursal”³⁷¹ erigiéndose como uno de los protagonistas del nuevo remedio contenido en la Ley Concursal. El acuerdo extrajudicial de pagos se basa por tanto en el intento de un tercero imparcial, de obtener una solución pactada entre deudor y acreedores, aviniéndose éstos y aquél a un determinado pacto. Este acuerdo, que para ser válido debe ser suscrito por acreedores que representen como mínimo el 60% del pasivo³⁷², cuenta con diferentes mecanismos, ninguno de ellos extraño a nuestra tradición concursal³⁷³, en ese empeño por solucionar la insolvencia sin acudir a la liquidación patrimonial, a saber: esperas de hasta tres años, quitas que no pueden superar el 25% del importe de los créditos, o cesión de bienes en pago de las deudas (lo que elevará el porcentaje del “pasivo suscriptor” al 75%). Visto así, no parece un mecanismo muy diverso de otros ya implantados como el convenio, concursal o anticipado. Incluso podemos decir que es un medio diverso en la forma pero no en la intención al acuerdo de refinanciación. Todos buscan mejorar la situación económica del insolvente para evitar la liquidación, al menos en teoría. Si bien el acuerdo extrajudicial de pagos mantiene ese discurso en lo oficial, que nos llevaría a equiparlo

³⁶⁸ OLIVENCIA, M., “Concurso y precurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº22, 2015, pág. 15.

³⁶⁹ Artículo 232 LCon.

³⁷⁰ Sin la garantía judicial propia del Derecho concursal, algunos autores mostraron preocupación por lo exorbitante de los efectos de este nuevo instituto, al tratarse de un procedimiento notarial o registral. *Vid*, PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciaci3nes de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”, *Diario La Ley*, nº 8141, 4 de septiembre de 2013, pág. 9.

³⁷¹ Sobre la figura, *vid.*, PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Notas sobre el estatuto jurídico...” *op. cit.*, págs. 99 y ss.

³⁷² Artículo 238 LCon.

³⁷³ Sobre el plan de pagos, *vid.*, artículo 236 LCon.

con el convenio, existe otra lectura. Venimos manteniendo el desmantelamiento de régimen ordinario para el tratamiento de la insolvencia a golpe de reforma; en ese sentido, la configuración de un nuevo medio para evitar el concurso de acreedores nos lleva a asimilar el acuerdo extrajudicial de pagos al acuerdo de refinanciación. Ante esto cabe expresar la preocupación sobre el futuro del procedimiento concursal tras las modificaciones expuestas. Al hilo de ello, reflexionan YÁÑEZ EVANGELISTA y NIETO DELGADO señalando: *Si hasta la fecha el concurso judicial es un procedimiento de liquidación, hay que esperar que en el futuro esa opción se generalice por completo, pues es de prever que las soluciones continuativas habrán sido agotadas en el escenario preconcursal y la entrada en concurso únicamente será la prueba de la inviabilidad de la actividad del deudor*³⁷⁴.

Pero para conocer cómo opera este nuevo instituto concursal debemos observar con atención algunas de sus piezas más elementales. El presupuesto subjetivo resulta algo desconcertante, por un lado, parece que se dirige a los comerciantes al iniciarse su caracterización con la expresión “el empresario persona natural”. Más tarde, aclara el propio artículo 231 que se refiere también a los profesionales. Finalmente, el presupuesto subjetivo en relación a las personas jurídicas no hace más precisiones, entendiéndose que caben todo tipo de entidades con personalidad, dedicadas o no a explotar una actividad económica en el mercado. Desde luego que la reforma se dirige hacia los comerciantes sea cual sea su naturaleza, sin embargo, la técnica utilizada comienza asentando los primeros problemas interpretativos. La persona jurídica se manifiesta no solo en tipos societarios, piénsese por ejemplo, en las entidades de Derecho público cuya concursalidad queda excluida de manera expresa en el artículo 1.3 LCon, ¿podrían ser sujeto pasivo de un acuerdo extrajudicial de pagos *ex* Ley Concursal al ser personas jurídicas propiamente dichas? ¿Hasta qué punto quedaría vinculado este instituto por las reglas del concurso ordinario? Se trata de cuestiones que no deberían ocupar o que podrían no ocupar ningún esfuerzo proveniente de la doctrina o los jueces si se hubiera utilizado un tenor literal más claro³⁷⁵. Pero las dificultades con

³⁷⁴ YÁÑEZ EVANGELISTA, J. y NIETO DELGADO, C., “Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 32, 2014, pág. 193.

³⁷⁵ El problema interpretativo es resuelto por algunos autores entendiendo que el presupuesto subjetivo remite al del procedimiento concursal en este punto. *Vid*, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 32, 2014.

respecto al presupuesto subjetivo no acaban ahí. El propio precepto –art. 231 LCon– establece más condiciones al deudor para poder optar a uno de estos acuerdos. A la persona natural le exige un pasivo inferior a cinco millones de euros; a la persona jurídica le exige una serie de requisitos entre los que figuran no estar en condiciones de ser declarada en un concurso calificado como de “especial complejidad” (artículo 190 LCon); y por otro lado, establece la prohibición de formular solicitud para alcanzar acuerdo extrajudicial a determinadas personas, entre las que figuran las que hayan suscrito un acuerdo de este tipo o de refinanciación en los tres años anteriores, las que estén negociando un acuerdo de refinanciación, las que tengan un acreedor que obligatoriamente deba suscribir el acuerdo y se encuentre en concurso, las condenados por sentencia firme por delitos contra el patrimonio el orden socioeconómico, etc. Si a estas ya complicadas prescripciones añadimos la exclusión expresa de las entidades aseguradoras, en el acuerdo extrajudicial de pagos nos encontramos con un panorama realmente propio y complejo en sede de presupuesto subjetivo. Abundando en el tema, decía PULGAR EZQUERRA³⁷⁶ que estas prohibiciones dificultan el acceso a los mecanismos concursales extrajudiciales, conculcándose incluso el principio de autonomía de la voluntad de las partes consagrado en el artículo 1255 CC.

En cuanto al presupuesto objetivo, es en todos los casos la insolvencia o como dice OLIVENCIA, se identifica con el del artículo 2 LCon³⁷⁷. Así, operando sobre la misma situación fáctica, se revela el acuerdo extrajudicial de pagos como una alternativa al concurso aunque su figura más característica sea un mediador calificado como “concursal”³⁷⁸; y aun encontrándose en la propia Ley Concursal su caracterización. Este difícil puzzle tiene también efectos sobre el régimen general del concurso de acreedores. En concreto, la obligación del deudor insolvente, de solicitar concurso dentro de los dos meses siguientes al conocimiento de esa circunstancia³⁷⁹, la Ley 14/2013 ha debido mantenerla en suspenso para poder articular un instrumento

³⁷⁶ PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciaciones de deuda...” *op. cit.*, pág. 8.

³⁷⁷ No obstante, el tenor literal del Título X LCon señala que en el caso de la persona jurídica que quiera suscribir un acuerdo extrajudicial de pagos deberá estar en estado de insolvencia, sin más precisiones acerca de la insolvencia inminente.

³⁷⁸ OLIVENCIA, M., “Concurso...” *op. cit.*, pág. 15.

³⁷⁹ Artículo 5.1 LCon.

paralelo al concurso³⁸⁰. Lo ha hecho a través de la modificación del artículo 15.3 LCon, que ahora dice: “Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el Título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal”.

Así, para CONDE FUENTES el acuerdo extrajudicial de pagos es un beneficio, plausible como alternativa al concurso. No obstante, no valora la reforma tan positivamente dado el limitado alcance de la Ley 14/2013; faltando valentía al legislador para aplicar en más ámbitos este remedio contra la insolvencia. Específicamente, echa de menos al colectivo que podría haberse beneficiado más del acuerdo extrajudicial de pagos: los consumidores. Resulta difícil entender qué criterios se han valorado para prever este presupuesto subjetivo, ni cuáles son los fines de ello. Efectivamente, el instituto resultante se contrapone al concurso de acreedores, manteniendo una aplicación sectorial respecto de las personas físicas, y general en relación a las personas jurídicas.

En tanto que es un mecanismo alternativo al concurso, podríamos decir que tiene de *facto* una graduación propia de los créditos. En este sentido, los créditos de Derecho público no pueden verse afectados por el acuerdo extrajudicial; y aquellos con garantía real para incorporarse al acuerdo tienen obligatoriamente que contar con la aquiescencia de sus titulares.

La propuesta de pagos, lógicamente puede fracasar bien por no llegar la negociación a buen puerto o bien por el incumplimiento de los términos. En cualquier caso, se prevé la apertura del procedimiento concursal mediante la figura del concurso consecutivo que consiste, a fin de cuentas, en el tránsito directo al proceso de liquidación. Analiza CONDE FUENTES la cuestión con una claridad expositiva muy notable, señalando que el concurso consecutivo implica especialidades agrupables en tres categorías³⁸¹:

³⁸⁰ OLIVENCIA, M., “Concurso...” *op. cit.*, pág. 15.

³⁸¹ CONDE FUENTES, J., “Novedades concursales...”, *op. cit.*, págs. 39-40.

– Procedimentales, ya que la Ley impone que se abra la fase de liquidación necesaria y simultáneamente. Esto implica que la fase común del concurso coexiste con la fase de liquidación, única posible solución al concurso consecutivo, que no conoce la posibilidad del convenio.

– Orgánicas, con la designación, salvo causa justa, de la persona que ha desarrollado la actividad de mediador concursal como administrador concursal ya en sede concursal y con el encargo de desarrollar (sin aumentar los emolumentos que ya percibió como mediador) las funciones del administrador.

– Sustantivas, como la calificación de crédito contra la masa de los gastos del procedimiento extrajudicial, o el reconocimiento automático de los créditos cuyos titulares hubieren suscrito el acuerdo extrajudicial.

La segunda cuestión relevante es la relativa a la denominada “segunda oportunidad”. Consiste en la remisión de parte de las deudas del insolvente, en concreto, aquellas que han quedado insatisfechas después de la liquidación. En primera instancia podríamos verlo como una excepción a la regla general del artículo 1911 CC: la responsabilidad universal patrimonial del deudor. Sin perjuicio de que volvamos más adelante sobre la relación del artículo 1911 CC con la institución concursal, podemos sostener de manera transitoria que en realidad lo es, ya que una norma que cancela una parte de las deudas, contra el interés de los acreedores no puede tener vigencia sino suspendiendo la eficacia del precepto aludido³⁸². No obstante, su lógica responde a la necesidad de evitar que el procedimiento concursal se convierta en un concurso “vitalicio”³⁸³. Este beneficio tiene algunas particularidades, previstas para hacerlo operativo: en primer lugar, la remisión solo está disponible para el deudor persona natural, no así para las personas jurídicas; y en segundo, se establecen diferencias en el régimen de la “segunda oportunidad” según si se trata de un concurso consecutivo, esto es, que viene dado por el fracaso de un acuerdo extrajudicial de pagos, o de una liquidación concursal en el seno del procedimiento ordinario. En el primer caso, la Ley

³⁸² A falta como decimos, de un examen más riguroso, que tendrá lugar en el Capítulo dedicado al principio de universalidad.

³⁸³ *Ibidem*.

14/2013³⁸⁴ introduce como condiciones al deudor la calificación del concurso como fortuito y la satisfacción de al menos los créditos contra la masa y los privilegiados. En el segundo, se requiere además que el concurso no se declare culpable, ni se hubiere condenado al deudor por ningún delito relacionado con el concurso y siempre que se hubieran satisfecho los créditos contra la masa, los privilegiados y un 25% de los ordinarios³⁸⁵. Es decir, se implanta con la reforma la “segunda oportunidad” con dos velocidades, una más rigurosa para el concursado persona física a través del procedimiento clásico de la Ley 22/2003, y otro para el deudor que ha terminado en situación de concurso tras el fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos (concurso consecutivo) de corte menos severo. Aun así, algunas cuestiones de la reforma no quedaron totalmente claras en este punto³⁸⁶. Nos referimos por un lado a la exclusión de los créditos públicos en este mecanismo de segunda oportunidad, con referencia expresa en el caso del concurso consecutivo e inexistencia de ésta en el concurso ordinario³⁸⁷. Y por otro, del propio tenor literal de los preceptos que caracterizan la condonación, que en ningún momento expresa la potestad del Juez para declarar la procedencia de la misma. Lo categórico de los términos usados: “el Juez declarará la remisión...” (art. 242.2.5ª) y “La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión...” (art. 178.2 LCon); nos plantea la duda de si la Ley de Emprendedores quería introducir una posibilidad para el deudor persona física donde la libre apreciación judicial jugaba un papel, o si por el contrario establecía un nuevo derecho para el concursado persona natural, con lo que los efectos sobre el artículo 1911 CC serían mucho más notables que en el primer caso.

La tercera cuestión a tratar sobre la Ley 14/2013 es la reforma de los acuerdos de refinanciación, los institutos preconcursales introducidos en 2009 y confirmados en 2011. Aunque la norma fue menos prolija en esta ocasión, limitándose a modificar los

³⁸⁴ Artículo 242 LCon.

³⁸⁵ Artículo 178.2 LCon modificado a través de la Ley de emprendedores.

³⁸⁶ Las posibles dudas interpretativas son puestas de relieve por: MIRANDA SERRANO, L. M., “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores reativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?”, *Diario La Ley*, nº 8276, 21 de marzo de 2014, pág. 7.

³⁸⁷ Nos cuestionamos si en uno y otro caso el legislador pensaba dar un régimen distinto para los créditos públicos o si se trata de un descuido con importantes consecuencias interpretativas.

trámites para la designación del experto independiente y a reducir el porcentaje de pasivo financiero necesario para la homologación judicial del acuerdo de refinanciación. La disposición adicional cuarta lo situaba en un 75% y tras la Ley de emprendedores que rebajó veinte puntos porcentuales, quedó en un 55%.

De nuevo, podemos observar en la nueva reforma concursal, en sus imperfecciones y sus lagunas interpretativas, cómo se trata más de un ejercicio de regular “a la desesperada” que de un concienzudo proceso legislativo. Una vez más, el Profesor OLIVENCIA critica la modificación de la Ley 22/2003, con ocasión de la Ley de emprendedores al entender que se ha pasado del propósito “hagamos un concurso para alcanzar un convenio”, propio del sistema de 2003, al de “hagamos un acuerdo para evitar un concurso”. A su juicio, la Ley Concursal había conseguido un equilibrio que se rompe en razón de disfunciones introducidas por las reformas del texto original³⁸⁸:

– Se protege de forma especial a los acreedores financieros, en detrimento de proveedores y prestadores de servicios.

– Los créditos públicos gozan de un tratamiento notablemente más favorable que antes.

– Los cambios en el tratamiento de estos créditos fragmentan el principio de *par conditio creditorum*.

– El mecanismo de la refinanciación es selectivo, dando mayores facilidades a las grandes empresas.

– Desplazamiento del objetivo principal del concurso, la satisfacción de todos los acreedores, frente al ascenso de la conservación de la empresa. En este sentido resulta extraño que no se hayan promocionado más otras soluciones dentro de la propia liquidación como la enajenación de la misma como un todo, prevista en el artículo 149 LCon.

³⁸⁸ OLIVENCIA, M., “Concurso...” *op. cit.*, págs. 17-18.

– *El reconocimiento de créditos y los controles de las mayorías se deterioran en relación con las de la Ley Concursal en virtud de acuerdos que no son de órganos colegiados y escapan a la rigurosa verificación judicial.*

– Se resiente la vertiente sistemática del ordenamiento concursal al crear el capítulo dedicado al acuerdo extrajudicial de pagos, que siendo un instituto preconcursal, trata de evitar el concurso en una contradicción difícilmente salvable.

– El principio de unidad de procedimiento queda desvirtuado ya que el procedimiento ordinario, de carácter judicial, se ve amenazado por otros extrajudiciales y preconcursales, con una intervención muy limitada del Juez.

– El principio de unidad de disciplina tiene muy difícil su supervivencia en un sistema en que los institutos preconcursales se han establecido para empresarios o profesionales, excluyéndose una parte de la insolvencia.

Dicho lo cual, poco podemos añadir sobre la reforma de la LCon a través de la Ley de emprendedores. Las consecuencias de ésta y otras reformas sobre los principios concursales tienen un lugar reservado en este trabajo y por ello no hemos querido hacer más precisiones al respecto. Sin embargo, sí podemos decir, a la luz de lo aquí expuesto, que la Ley 14/2013 mantiene la línea de las anteriores reformas del sistema concursal. Insiste el legislador en un sistema concursal menos concursal. La característica fundamental de los institutos que recoge es que son aprocimentales, yendo en contra y en paralelo al régimen ordinario. La extraconcursalidad, por paradójico que resulte, es la nota distintiva de esta reforma de la institución del concurso.

e) Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial

Esta modificación de la normativa concursal se promulgó, no casualmente, unos días antes de aparecer la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial³⁸⁹. Siguiendo, aunque no de forma literal la recomendación, se vuelve a incidir en la reforma sobre los ya célebres institutos preconcursales con el objetivo de hacer fluir el

³⁸⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 14 de marzo de 2014.

crédito y así poder salvar a los agentes económicos productivos. Así, citamos a continuación los principales cambios con motivo del Real Decreto-Ley 4/2014.

Los efectos de la comunicación del inicio de negociaciones por parte del deudor variaron notablemente. Si bien el deudor tenía la posibilidad de comunicar el comienzo de las negociaciones de una solución pactada al margen del proceso concursal, el legislador –con la prisa que ha caracterizado su acción en el ámbito concursal–, no previó un procedimiento completo a tal efecto. De hecho, fueron muchos los casos en que el mecanismo fue utilizado como un modo de ganar tiempo. Sin embargo, aquellos que acudían con buena fe al inicio de tales negociaciones, veían dificultad en que éstas prosperaran en razón de las ejecuciones patrimoniales que pesaban sobre el deudor común. Con esta reforma, el artículo 5 bis LCon se cambia para proteger verdaderamente al instituto preconcursal (también al convenio anticipado aunque su uso es más residual), cuya mera negociación producirá el efecto de paralización de las ejecuciones singulares iniciadas y no permitirá que se insten nuevas ejecuciones.

Este sorprendente efecto, que también apoya la Recomendación de la Comisión Europea aludida³⁹⁰, queda sujeto a diversos matices. No se da la suspensión automática de todas las ejecuciones singulares, sino que se protegen aquellos bienes que son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial³⁹¹. Nótese que incluso los acreedores con garantía real quedaron vinculados por la norma, en principio general. Verdaderamente, es mucho más consecuente en la vorágine preconcursal que se ha convertido ya en este punto el proceso de reforma de la Ley 22/2003, optar por una disposición de carácter finalista y oponible frente a todos dado el carácter apremiante de las disfunciones del sistema concursal. A pesar de ello, el RDL 4/2014 sí cuenta con dos excepciones fundamentales entre las que sorprenden no se encuentre, como ya se ha dicho, a los acreedores con garantía real sobre bienes del deudor. Una excepción relativa se refiere a las ejecuciones promovidas por acreedores de pasivos financieros, que sólo deberán observar la suspensión de la ejecución si al menos el 51% del pasivo

³⁹⁰ Recomendación (CE), 12 de marzo de 2014, III. B. 10. Sobre la Recomendación, *vid.* ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., “Exoneración de deudas y "fresh start": Ley concursal y Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº22, 2015, págs. 403-404.

³⁹¹ En la nueva redacción del artículo 5. bis. 4 LCon.

financiero ha apoyado el inicio de las negociaciones. No obstante, la excepción se torna en absoluta en el caso de los créditos de Derecho público, cuyos procedimientos de ejecución se mantendrán intactos.

Estos efectos propios de la comunicación, tienen lugar respecto de ciertos mecanismos entre los que destacan, por su importancia, los acuerdos de refinanciación. El Real Decreto-Ley 4/2014 establece una categorización sobre la materia, estableciéndose los diferentes tipos de acuerdos de refinanciación que podemos encontrar *ex Ley Concursal*. Para ello, se varía una vez más la sistemática de la norma, eliminándose la tan criticada redacción del artículo 71.6 LCon, e introduciéndose un nuevo artículo 71 bis. En él se van a desarrollar las reglas que caracterizan dos tipos de acuerdos de refinanciación: los individuales (art. 71 bis.2) y los colectivos no homologados judicialmente (art. 71 bis.1); mientras que la disposición adicional cuarta seguirá rigiendo los acuerdos homologados judicialmente.

Tanto para los acuerdos individuales como para los colectivos no homologados, el artículo 71 bis dispone una lista de requisitos que deben cumplir unos y otros para ser irrevocables en virtud del artículo 71 LCon. Antes del RDL 4/2014, el propio texto no reconocía –sí la práctica– los acuerdos aquí calificados como individuales al poder ser suscritos por un solo acreedor, no constando entre sus requisitos el acuerdo de un porcentaje del pasivo³⁹². Ahora aparece esta dualidad en los acuerdos no homologados judicialmente, cuyo régimen jurídico queda diferenciado con el nuevo artículo 71 bis LCon. Por ejemplo, la novedad comentada más arriba, sobre la paralización de ejecuciones, se aplica expresamente a los acuerdos de refinanciación colectivos homologados o no judicialmente, dejando fuera de su ámbito de aplicación estos recién recogidos acuerdos individuales.

En cuanto a los acuerdos homologados judicialmente de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, de nuevo se producen importantes modificaciones. El sistema intensifica su complejidad, con una concepción que ha cambiado algunos de sus conceptos clave en busca de más Justicia y acomodo a la realidad social. Nos referimos: por un lado al cambio en el cómputo del pasivo que ya no se refiere al pasivo en manos

³⁹² A diferencia de la aquiescencia de los tres quintos del pasivo, exigido en el artículo 71 bis. 1 para los acuerdos colectivos.

de entidades financieras sino al pasivo financiero, sea cual sea su procedencia, lo que permite abrir el abanico sensiblemente, considerándose de forma más correcta y escrupulosa una alusión en términos genéricos (ahora quedan menos acreedores excluidos de esa conceptualización); y por otro lado, la modificación sobre el tratamiento de los acreedores con garantía real. El debilitamiento de la posición del acreedor con garantía real en el precurso es una realidad palpable ya no solo por su vinculación a la paralización de ejecuciones individuales. En sede de refinanciación homologada judicialmente, los efectos de esta se van a poder extender a dichos acreedores cuando se cumplan determinadas condiciones. A partir del RDL 4/2014 el elemento sobre el que pivota la cuestión es el valor de la garantía real y su relación con el crédito al que está incorporada. Así, conoceremos un nuevo sistema que en primer lugar dispone un complicado proceso de determinación del valor de la garantía y después, caracteriza distintas consecuencias para la parte del crédito que excede de dicha garantía y para la que no lo hace. En este sentido, ya no deben los acreedores financieros con garantía real someterse al acuerdo de refinanciación, sino que sus efectos pesarán sobre los mismos aunque se hayan opuesto al mismo. Este régimen de sometimiento al acreedor financiero con garantía real se basa en un juego de mayorías; en la disposición adicional cuarta se expresa el porcentaje –sobre el pasivo financiero– de adhesiones que necesita el acuerdo homologado judicialmente para poder extender a los acreedores financieros con garantía real sus efectos. De este modo se establecen diferentes porcentajes si estamos ante el mecanismo de la quita, la espera o la cesión de bienes. El otro elemento que determina esas mayorías es el valor de la garantía ya que son diferentes los porcentajes si hablamos de la parte del crédito que excede la garantía o si nos referimos a la parte del crédito que no excede el valor de ésta³⁹³. En todo caso, la proporción de adhesiones exigida para vincular al acreedor financiero con privilegio especial es siempre superior al 51% en el que la reforma sitúa el mínimo del pasivo financiero para otorgar la homologación judicial del acuerdo³⁹⁴.

Dejando a un lado el tema de la garantía real, la reforma establece algunas medidas de carácter temporal, cuya razón de ser responden a la urgencia y a lo

³⁹³ Lógicamente, para vincular a los acreedores por la parte del crédito que no excede del valor de la garantía los porcentajes de adhesión exigidos serán menores como mecanismo de protección de la ya denostada garantía real.

³⁹⁴ Antes del RDL 4/2014 se situaba en el 55%.

extraordinario de la situación económica, limitando su vigencia a dos años tras la promulgación de la norma. La disposición adicional segunda del RDL 4/2014 establece el régimen de los nuevos ingresos de tesorería en este periodo que abarca hasta marzo de 2016. A tal efecto, se dispone que éstos tendrán la consideración de créditos contra la masa por el 100% de su importe, lo que influye en la concepción general de los institutos concursales y en el concepto de “dinero nuevo” introducido en anteriores reformas. De este modo, aunque sea de forma temporal, se contenta a quienes solicitaban un tratamiento más beneficioso para estos ingresos. Los créditos se reconocen contra la masa aunque hayan sido concedidos por el propio deudor o personas especialmente relacionadas.

Finalmente, se quiere llamar la atención sobre el intento del legislador de promocionar la capitalización de deudas en el marco de un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente. A este respecto, se da una ventaja fiscal consistente en la exoneración de tributación de estas operaciones con la consiguiente modificación del artículo 15 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades³⁹⁵. Se trata de una línea de actuación que ya se anunciaba desde la Exposición de Motivos de la reforma: “se establecen además determinadas medidas destinadas a favorecer la transformación de deuda en capital, rebajando las mayorías exigibles por la Ley de Sociedades de Capital y estableciendo, con las debidas cautelas y garantías, una presunción de culpabilidad del deudor que se niega sin causa razonable a ejecutar un acuerdo de recapitalización”³⁹⁶.

En definitiva se mantiene la tendencia de reformar al margen del procedimiento concursal ordinario, en un intento de mejorar la Justicia y adaptación a la realidad de los institutos concursales. No obstante, en este intento de cambiar la situación concursal española, reduciendo el número de liquidaciones concursales a base de incentivos concursales se mantenía al sistema bajo el peligro de perder su propio sentido. Las complicadas prescripciones de la rama concursal del ordenamiento jurídico tienen por lo general un objetivo garantista y una vez más, al desjudicializar la cuestión, se ha obligado al legislador a reformar sobre lo reformado, tratando de llegar a un lugar que

³⁹⁵ Por disposición final segunda RDL 4/2014.

³⁹⁶ EM (IV), RDL 4/2014.

no parece existir. De hecho, el juego de mayorías y conceptos nuevos introducidos en materia de refinanciación, implican un importante esfuerzo, también en sede judicial (por ejemplo para determinar qué bienes son imprescindibles para la continuidad empresarial) que no parece ayudar al pretendido ahorro procesal. Con esta reforma, en algunos puntos mejora el legislador la lógica de la Ley Concursal, no obstante, esa misma lógica es la que ha roto a golpe de desnaturalizar la institución del concurso por la vía legislativa. Llegados a este momento, algunos autores comenzaban a pedir una agrupación sistemática del modelo preconcursal dentro de la propia LCon³⁹⁷, ya que la diversidad y complejidad de sus institutos así lo aconsejaba.

f) Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal

De nuevo en 2014 la Ley Concursal es reformada, aunque en esta ocasión el objeto de la reforma es, sobre todo, una parte del procedimiento ordinario de concurso de acreedores. Esta circunstancia es extraña en vista de la manera en que el legislador ha dado forma, modificación tras modificación, a los institutos preconcursales. Después de tantos intentos de rehuir el procedimiento de concurso, las modificaciones introducidas por el RDL 11/2014 se van a centrar en las soluciones al concurso, que no son el acuerdo de refinanciación y los acuerdos extrajudicial de pagos; sino el convenio y la liquidación. La disciplina concursal se ha visto en cierta medida esquivada por vía legislativa ante su incapacidad para dar salida al problema generalizado de la insolvencia durante la crisis económica. Sin embargo, con esta reforma se intenta mejorar el procedimiento de concurso ordinario, sin tratar de escapar a sus prescripciones por primera vez desde se abrió la veda en relación a la LCon.

Este Real Decreto-Ley aparece precisamente para evitar las malas previsiones que adelantaban autores de los que ya nos hemos hecho eco, que señalaban como tras las últimas reformas se estaba vaciando de contenido el procedimiento concursal. Se trata, entre otros motivos, de intentar hacer operativa la solución continuativa del concurso y que ésta no sea solo una realidad preconcursal. Para poner al procedimiento concursal en sí a la altura del estadio preconcursal, el legislador lleva a cabo algunas

³⁹⁷ YÁÑEZ EVANGELISTA, J. y NIETO DELGADO, C., “Refinanciaciones...” *op. cit.*

acciones concretas que pretenden sobre todo armonizar el tratamiento de situaciones similares en uno y otro ámbito:

– En primer lugar, la valoración de la garantía real sobre la que recae el privilegio especial va a seguir las reglas que ya se habían establecido para los acuerdos de refinanciación en la disposición adicional cuarta LCon para separar el derecho principal del accesorio y determinar de forma más veraz el valor del privilegio. Los artículos 90 y 94 LCon acogen esta nueva forma de valorar las garantías que gozan del privilegio especial, que ya había sido incorporada por los institutos concursales.

– El nuevo artículo 134.3 LCon va a establecer el “mecanismo de arrastre” de los acreedores con privilegiados en virtud de un convenio, de la misma forma que se introdujo esta previsión en materia de acuerdos de refinanciación. Ahora, los acreedores privilegiados podrán verse vinculados por el contenido de un convenio que no han suscrito, cuando se cumplan determinadas condiciones. Éstas vendrán determinadas por unas mayorías cualificadas en la aprobación del convenio. De la misma manera que en los acuerdos de refinanciación el mecanismo de arrastre venía dado por una mayoría cualificada de acreedores de la misma clase (financieros), se copiará el criterio en este punto, debiendo dividirse consiguientemente a los acreedores privilegiados en clases. Por tanto, y sin que ello modifique el orden de prelación de créditos, esto es, solo con efectos en lo que se refiere a la extensión de los efectos del convenio sobre créditos privilegiados, diferenciaremos dentro de los titulares de créditos con privilegios a los acreedores: laborales, públicos, financieros y resto de acreedores. Por tanto, para vincularse a un acreedor privilegiado a un convenio no suscrito por el mismo, incluso en lo que respecta al valor de una garantía real, aquél debe haber sido aprobado por una mayoría cualificada del 60% o 75% (según el contenido del convenio) de los acreedores de la misma clase. En principio, parece que se trata exactamente de la misma regla que se aplica desde el Real Decreto-Ley 4/2014 a los acuerdos de refinanciación³⁹⁸, sin embargo, se constata que aunque las mayorías exigidas sean las mismas, el contenido de los acuerdos no es exactamente igual. En el caso de los acuerdos de refinanciación, cualquier quita, para ser vinculante ante cualquier acreedor privilegiado debe ser parte de un acuerdo ratificado por el 75% del pasivo financiero. Sin embargo, las quitas que

³⁹⁸ También se copian las mayorías relativas a aumentos de capital que vengan dados por la capitalización de deudas.

no superen la mitad del importe del crédito vincularán a los acreedores de la misma clase cuyo acuerdo haya sido ratificado por solo el 60%; reservándose el 75% para las quitas más amplias. Por tanto, el mecanismo de arrastre en este sentido, a pesar de ser análogo en ambos casos, es más fuerte en el caso del convenio concursal que en el acuerdo de refinanciación.

– En cuanto a los clásicos privilegios de los que goza el acreedor público en el procedimiento de concurso, éstos van a verse reducidos al extenderse los efectos del convenio también a ellos³⁹⁹. Para ello, es fundamental la nueva dinámica que contempla a los acreedores en el cómputo de las adhesiones a los convenios en diferentes clases. De esta forma, se arrastrará a los titulares de créditos públicos cuando se haya obtenido cierto quórum entre los de esa clase; y por otro lado, los acuerdos negociados por los acreedores de una clase no podrán ser impuestos abusivamente sobre los de otra. Además, al hilo de la cuestión del sector público en el concurso, en el Real Decreto-Ley 11/2014 aparecen nuevas especialidades aplicables a los concursos de empresas concesionarias de obras o servicios públicos.

– También en relación con el convenio, se amplían los sujetos que tienen derecho a voto, dando entrada a aquellos que han adquirido sus créditos después de la declaración de concurso. Se entiende que el fin es *fomentar un mercado de estos créditos que dote de liquidez a la compañía deudora, sin tener que esperar a la liquidación final*⁴⁰⁰. No obstante, como contrapeso a esta medida se toma otra, que consiste en aumentar el espectro de la categoría “personas especialmente relacionadas con el deudor”, cuyos créditos, al considerarse subordinados, hacen perder este derecho de voto.

³⁹⁹ Recuerda MARTÍN MOLINA que se trataba de una exigencia del Fondo Monetario Internacional y la Comisión Europea a España. (...) *el injustificado privilegio de los acreedores públicos y privilegiados, que a diferencia del resto, no estaban obligados a cumplir los acuerdos derivados de los convenios*. MARTÍN MOLINA, P. B., “Comentarios sobre el nuevo Real Decreto-Ley 11/2014 sobre Medidas Urgentes en Materia Concursal”, www.abogacia.es, 29 de octubre de 2014. Enlace completo: <http://www.abogacia.es/2014/10/29/comentarios-sobre-el-nuevo-real-decreto-ley-112014-sobre-medidas-urgentes-en-materia-concursal/>.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

– Además, el convenio concursal acoge nuevas posibilidades como la cesión en pago de bienes, antes más limitada. A partir de este Real Decreto-Ley, se facilita este mecanismo manteniendo ciertas cautelas con el objeto de evitar fraudes⁴⁰¹.

– En materia de liquidación, la reforma intenta garantizar la continuidad de la actividad empresarial con algunas previsiones tendentes a facilitar la venta en conjunto de las unidades productivas. El nuevo artículo 146 bis detalla el régimen jurídico especial de la transmisión de unidades productivas, como la cesión aparejada de licencias y autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional, o bien la transmisión libre de obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión salvo disposición legal en contrario. Además, se crea “un portal de acceso telemático en el que figurará una relación de las empresas en fase de liquidación concursal y cuanta información resulte necesaria para facilitar su enajenación”⁴⁰².

– Tras el Real Decreto-Ley 11/2014, aparece un nuevo supuesto de no apertura de la fase de calificación al reformarse el artículo 167 LCon. Éste se refiere a los casos en que un convenio prevea una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o la espera sea inferior a tres años, para todos los acreedores de una o varias clases.

– Sobre el tema de la refinanciación no se acometen esta vez modificaciones sustanciales. A pesar de ello, la disposición adicional tercera del Real Decreto crea una comisión de seguimiento de prácticas de refinanciación y concursales. Sus funciones son: realizar un seguimiento de la efectividad de las medidas adoptadas por la reforma en materia concursal y de refinanciación preconcursal de deuda y sobre la evolución del endeudamiento del sector privado y sus implicaciones macroeconómicas; evaluar su aplicación y, en su caso, proponer al Gobierno las reformas que resulte conveniente acometer para facilitar la reestructuración preconcursal o concursal de deuda de empresas económicamente viables; y verificar el cumplimiento de los códigos de

⁴⁰¹ Sobre la cuestión, CABANAS TREJO, R., “Una nueva reforma de la legislación concursal (RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal”, *Diario La Ley*, nº 8406, 24 de octubre de 2014, págs. 4 y ss.

⁴⁰² Disposición adicional segunda Real Decreto-Ley 11/2014.

buenas prácticas que se puedan adoptar en materia de refinanciación preconcursal de deudas.

g) Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial

Esta Ley, en principio no debiera haber supuesto cambios sustanciales en el ordenamiento concursal ya que se trata de la norma que convalida el Real Decreto-Ley 4/2014, de la misma denominación. Sobre las modificaciones que éste introdujo en relación al precurso ya hemos tratado aquí, no obstante, no estamos ante una mera convalidación del instrumento normativo primitivo, dictado por motivos de urgencia. Esta Ley 17/2014 va a aumentar el contenido de aquella norma, añadiendo prescripciones que el Gobierno no había incluido en la redacción original de ésta. Por tanto, dejaremos a un lado aquellas reformas de contenido preconcursal que ya han sido explicadas con ocasión de su entrada en el ordenamiento unos meses antes de la Ley que nos ocupa y que convalida dichas reformas. En cambio, nos centramos en aquellas modificaciones no vistas anteriormente y que son producto de la extensión de esta norma más allá de la mera convalidación.

Antes de ello, nos debemos detener un momento para señalar que queda más que constatada la deriva del legislador en materia concursal. Si hemos señalado los problemas que para el sistema concursal supone la atención constante sobre el escenario preconcursal, olvidando al procedimiento ordinario, también debemos mostrar preocupación por la modificación continua de la LCon. Con la Ley que se comenta son tres reformas importantes en el año 2014, la última de ellas como se ha dicho extendiendo lo que sería una Ley de simple convalidación. Se trata de una forma de legislar que si no es, parece ser “a la desesperada”. En este punto el legislador no ha mostrado paciencia ni para esperar los resultados de modificaciones anteriores ni para preparar detenidamente cada una de las modificaciones, que aparecen en materia concursal en un tiempo récord. Al hilo de la Ley 17/2014, CONDE TEJÓN⁴⁰³ califica como *parches detrás de parches* la aludida estrategia legislativa; incluso va más allá,

⁴⁰³ CONDE TEJÓN, A., “La capitalización quasi forzosa por compensación de créditos como contenido de acuerdos de refinanciación tras la Ley 17/2014”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 43, 2014, págs. 289-290.

solicitando una revisión profunda del sistema en busca de la coherencia perdida. También con ocasión de esta norma algunos autores como SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE vuelven a hacerse eco del cambio de modelo; ahora la refinanciación se sitúa como la solución a empresas viables *mientras que el concurso se ha convertido en un genuino cementerio empresarial al que llega una abrumadora mayoría de sociedades insolventes*⁴⁰⁴. No obstante, la del citado profesor es una opinión que no carga contra los acuerdos de refinanciación al no entender éstos como una normativa especial, que favorece a ciertos acreedores; sino que los considera un mecanismo que en definitiva redundaría en el beneficio de todos los acreedores.

En cualquier caso, aunque la doctrina más autorizada ha tratado sobre esta reforma en términos generales⁴⁰⁵, preferiremos aquí explicar aquellas modificaciones que no estaban ya incluidas en el Real Decreto-Ley 4/2014. Concretamente, el legislador aprovechó la Ley 17/2014 para hacer algunos cambios en torno a la figura de la administración concursal.

En primer lugar, se debe advertir que algunas cuestiones no quedan del todo resueltas en la LCon, ya que tras esta reforma se prevé que ciertos aspectos del estatuto del administrador concursal queden perfilados a través del desarrollo reglamentario de la cuestión, circunstancia que aun no se ha materializado. Por ejemplo, la Ley 17/2014 utiliza esta técnica para que en un momento posterior se determinen los requisitos de formación necesarios para poder ejercer como administrador concursal, especificando que éstos pueden referirse “a la titulación requerida, a la experiencia a acreditar y a la realización o superación de pruebas o cursos específicos”⁴⁰⁶. Acreditados dichos conocimientos o experiencia, se podrá inscribir la persona en la nueva sección cuarta del Registro Público Concursal que sustituye a las tan criticadas listas que había en los

⁴⁰⁴ SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, J., “Refinanciaciones y plan de viabilidad...” *op. cit.*, pág. 61. Se apoya en los datos empíricos de: VAN HEMMEN ALMAZOR, E., *Estadística concursal. Anuario 2013*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2014, pág. 18.

⁴⁰⁵ Entre otros, VICENT CHULIÁ, F., “Desapalancamiento y Ley Concursal...” *op. cit.*, págs. 19-42; y PULGAR EZQUERRA, J., “La Ley 17/2014, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, *Diario La Ley*, nº 8391, 3 de octubre de 2014, págs. 1-18.

⁴⁰⁶ Artículo 27. 3 LCon.

Juzgados para determinar el censo de administradores. Sintéticamente, para poder ser designado administrador concursal se requiere desde esta reforma:

- Cumplir con los requisitos que se impongan reglamentariamente.
- Estar inscrito en la sección cuarta del Registro Público Concursal, con lo que se controla de forma mediata el cumplimiento de los requisitos antedichos.
- Haber declarado la disposición para actuar como administrador concursal en el ámbito territorial del Juzgado del concurso. De modo que no se trata de una habilitación nacional sino que se circunscribe la posibilidad de ser administrador concursal a la “disponibilidad territorial” manifestada por la persona que pretende desempeñar tal cargo.

Pero la transformación de la administración concursal fue más profunda que eso y no se limitó a las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones. La forma en que se concibe la designación y la composición en sí, han variado también *ex Ley 17/2014*. Desaparece el concepto de concurso de especial trascendencia a efectos de designación de la administración concursal, con la consiguiente supresión del artículo 27.bis LCon. En su lugar, vamos a asistir a una nueva configuración del órgano de administración del concurso, en virtud de una nueva clasificación inicial, de la que dependerá la forma de designación del mismo. También a la espera del desarrollo reglamentario que esclarezca los criterios que permitan distinguir el tamaño de cada concurso, al inicio del procedimiento se establecerá si se trata de un concurso de tamaño pequeño, medio o grande⁴⁰⁷. La regla general para los tres tramos es que la designación tendrá lugar por riguroso turno correlativo, por tanto, se rompe con otro de los aspectos que había generado más críticas durante todos los años de vida de la Ley Concursal: la designación libre por parte del Juez del órgano de administración del concurso. No obstante, en los concursos de gran tamaño, el Juez de manera motivada puede separarse de este turno correlativo, cuando considere que las características del concurso se adecúan mejor al perfil de otro administrador. El artículo 27.5 LCon señala entre los criterios habilitantes para sortear la regla general: “la especialización o experiencia

⁴⁰⁷ Según el artículo 27.3LCon, solo para los dos últimos casos, concursos tamaño medio o gran tamaño, se prevé la posibilidad de exigir a los administradores concursales requisitos específicos.

previa acreditada en el sector de actividad del concursado, la experiencia con instrumentos financieros empleados por el deudor para su financiación o con expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales”.

En cambio, sí se mantiene la administración concursal como una institución unipersonal⁴⁰⁸. Sin embargo, de nuevo hay una excepción a esta prescripción general que, sorprendentemente, no se basa en el tamaño del concurso. Tras la reforma, dice la Ley Concursal que se podrá nombrar un segundo administrador cuando exista una causa de interés público que lo justifique. Éste, será una Administración Pública acreedora o bien una entidad de Derecho público acreedora vinculada o dependiente de ella⁴⁰⁹. Se trata de un criterio nuevo, cuya concreción en la práctica podrá determinar si ha sido útil el desplazamiento en el razonamiento para dar un apoyo al administrador concursal, antes concebido para los casos de concursos grandes o complejos, mientras que ahora pivota sobre un concepto bastante más etéreo y abstracto como el interés público.

Las funciones de la administración concursal han sido recogidas por el legislador con ocasión de la Ley 17/2014, en un nuevo y extensísimo artículo 33. En él, se recogen con detalle las funciones del órgano, dividiéndolas a su vez en distintas categorías: procesales, propias del deudor o de sus órganos de administración, en materia laboral, relativas a derechos de los acreedores, de informe y evaluación, de realización de valor y liquidación, de secretaría y cualesquiera otras que la LCon u otra ley le atribuya. El tema de las funciones del administrador concursal adquiere mucha relevancia con esta modificación, hasta el punto de convertirse el incumplimiento grave de las mismas en una causa de separación del artículo 37 LCon.

Finalmente, se ve modificada la cuestión de la retribución del administrador concursal. Mantiene éste su derecho a retribución con cargo a la masa, basándose el arancel, que en cualquier caso es otra de las materias que están a la espera de desarrollo reglamentario, en el número de acreedores, acumulación de procedimientos y tamaño del concurso. A los principios de exclusividad, identidad, limitación y efectividad, se suma uno en la cuestión del arancel: el principio de eficiencia. En virtud de él, la

⁴⁰⁸ Artículo 27.1 LCon.

⁴⁰⁹ Artículo 27.7 LCon, con las reglas específicas de representación dentro del ente público.

retribución del administrador concursal no se devengará íntegramente en el momento inicial o final, sino que se irá devengando conforme se cumplan las funciones propias del cargo, ya muy detalladas en el artículo 33 LCon. De hecho, la retribución inicial puede ser modificada por el Juez ante el incumplimiento de las obligaciones, retraso atribuible al órgano de administración o la “calidad deficiente de sus trabajos”⁴¹⁰. Sobre este concepto es aun más concreta la Ley Concursal, señalando que concurrirá tal circunstancia cuando el administrador concursal “exceda en más de un cincuenta por ciento cualquier plazo que deba observar o cuando se resuelvan impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una proporción igual o superior al diez por ciento del valor de la masa activa o de la masa pasiva presentada por la administración concursal en su informe”⁴¹¹.

h) Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social

De nuevo se tramita en el año 2015 por la “sobreutilizada” vía del Decreto-Ley una modificación de la LCon, para dar una nueva redacción a los preceptos relativos al acuerdo extrajudicial de pagos y al mecanismo de segunda oportunidad. No nos detendremos una vez más a señalar el sinsentido que supone modificar cada varios meses algún aspecto material de la normativa concursal, para no repetir argumentos que tras el análisis de todo el periodo de reforma han sido más que desarrollados. Se mantiene la costumbre del legislador, de hacer una exposición de motivos muy amplia en lo que se refiere a la reforma del Derecho concursal. Sin embargo, en esta ocasión, llama la atención el excursus histórico que lleva a cabo, amén de la defensa acérrima al texto que se presenta. Sin tener contenido normativo, merece la pena detenerse unos instantes en ella para hacer dos precisiones:

De un lado, la defensa tan clara y el patrocinio del mecanismo de segunda oportunidad como un elemento de Justicia y absolutamente necesario para el ordenamiento, en nuestra opinión sobra por excesivo; más aún cuando se trata de una previsión ya iniciada por la Ley de Emprendedores en el año 2013. Ciertamente, se

⁴¹⁰ Artículo 34.2.d) LCon.

⁴¹¹ *Ibidem*.

amplía su ámbito de aplicación, pero la concepción de la segunda oportunidad como la panacea que “terminará” de sacar a España de la crisis económica, desincentivando la economía sumergida entre otras bondades parece demasiado. Se señala más de lo deseable el legislador justificando sobremanera una nueva reforma en materia concursal, como si quisiera ganar una confianza, inexistente ya en la mayoría de operadores jurídicos, en la gestión de la reforma concursal. Además, resulta imposible establecer una segunda oportunidad en términos realmente efectivos, sin menoscabar los derechos ni la confianza de los acreedores; estas aseveraciones son contrarias precisamente porque el mecanismo de segunda oportunidad se opone de manera frontal a la responsabilidad universal patrimonial del deudor. Sería una irresponsabilidad, lo es en este caso, vender una medida como beneficiosa para quienes están enfrentados en virtud de ella. Esto no quiere decir que sea una mala reforma, lo que no corresponde tratar aun, sino que es una mala exposición de motivos, que justifica más de lo que puede arreglar.

Resulta curiosa, aun sin salir de la exposición de motivos, la explicación histórica en torno a la pertinencia de la remisión de deudas del concursado después de la liquidación. En ella, parece otorgarse a la Ley de las Partidas de Alfonso X, la virtud de haber regulado “la liberación del deudor tras un proceso de liquidación de sus bienes, y además, en cierto modo, estableció una modulación de la mejor fortuna al no permitir que ésta pudiera jugar en perjuicio del deudor salvo cuando éste pudiese pagar todas sus deudas sin perjuicio de sus propias condiciones de vida”. En cambio, en nuestro análisis histórico no se ha constatado tal extremo, es más, tan solo hemos mencionado el desamparo de bienes como uno de los mecanismos concursales previstos en las Partidas. La realidad, es que en el S.XIII este instituto concursal no era ninguna novedad, ya que había sido desarrollado por ordenamientos mucho más antiguos, en concreto por el Derecho romano (y otros), denominándolo *beneficium competentiae*, al que hemos hecho referencia al inicio del capítulo histórico. Tampoco compartimos la forma en que la Exposición de Motivos compara la liquidación del patrimonio en la persona física y en la persona jurídica, pareciendo establecer un agravio comparativo al quedar canceladas las deudas de las empresas tras la liquidación. Efectivamente –esto sí lo reconoce la norma–, el desarrollo económico de los últimos siglos ha tenido lugar gracias a la ficción de la personalidad jurídica; pero ello no ha supuesto la impunidad de

las empresas en relación al impago de sus deudas. Todo lo contrario, el escrupuloso respeto al Derecho de obligaciones obliga también en el caso de la persona física, a cancelar sus deudas si ésta desaparece sin dejar bienes, ni haya herederos que pudieran y quisieran hacerse cargo de la situación. Con esta apreciación sí se estaría equiparando la persona jurídica y la persona física, sin caer en un examen superficial como el que realiza la Exposición de Motivos. Sin duda, falta rigor jurídico en extrapolar efectos y mecanismos que no son propios de ambas realidades y que por tanto no pueden compararse, al menos sin proporcionar todos los datos pertinentes.

Presentes las quejas sobre la desafortunada Exposición de Motivos, veamos qué aspectos se han modificado con el Real Decreto-Ley 1/2015. Según CABANAS TREJO, el cambio en el acuerdo extrajudicial de pagos era previsible; si bien el legislador pudo mantener las diferencias con otros institutos concursales, la posibilidad de extender los efectos del convenio concursal o el acuerdo de refinanciación a los acreedores con garantía real ha sido un motor para reformar el instituto que restaba –el acuerdo extrajudicial de pagos– en el mismo sentido⁴¹². El artículo 238 bis.3 expresa las condiciones para esa extensión subjetiva de los efectos del acuerdo, requiriendo la aquiescencia de un 65% u 80% (según las medidas) de los créditos con garantía real. Además, se amplía el ámbito de la figura, a la que ahora podrá acogerse también la persona natural no empresaria. Con ello, se cierran algunos debates surgidos en torno a la aplicación de la Ley 14/2013, de Emprendedores. No obstante, la apertura del acuerdo extrajudicial a los no comerciantes tiene un efecto más limitado del esperado, dada la interpretación que se dio del concepto “empresario persona natural” en la Ley de Emprendedores, intencionadamente extensiva, para tratar de incorporar dentro de su ámbito de actuación al mayor número de sujetos posible⁴¹³. El procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos para la persona natural no empresario, que se desarrolla ante el notario, queda regulado con ciertas especialidades en el nuevo artículo 242 bis LCon. En lo que respecta a esa extensión de los efectos sobre los acreedores disidentes con garantía real, será complejo aplicar tal previsión en el caso del acuerdo extrajudicial del consumidor insolvente, que por regla general tendrá solo un acreedor con garantía

⁴¹² CABANAS TREJO, R., “El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)”, *Diario La Ley*, nº 8505, 23 de marzo de 2015, págs. 1-2.

⁴¹³ CABANAS TREJO, R., “El nuevo régimen...” *op. cit.*, pág. 8.

real, la entidad bancaria, haciendo imposible la formación de una mayoría dentro de la misma clase de acreedores⁴¹⁴.

En cuanto al mecanismo de “segunda oportunidad” se producen las variaciones más importantes de esta reforma. En principio, recupera el artículo 178.2 LCon una redacción similar a la introducida con la Ley 38/2011 y eliminada por la Ley 14/2013⁴¹⁵. De este modo, se señala expresamente que fuera de los casos que gozan del beneficio de la segunda oportunidad, tras la “conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme”. Llegados a este punto, seguimos el análisis de GÓMEZ ASENSIO⁴¹⁶ para presentar los nuevos perfiles de este instituto concursal que desde el Real Decreto-Ley 1/2015 va a responder en principio no a una lista de requisitos sino a la condición de buena fe del deudor. No obstante, acto seguido el legislador elabora una relación de elementos fácticos que permitirán considerar al deudor de buena fe a los pretendidos efectos. El autor distingue dos regímenes diversos de exoneración del pasivo insatisfecho:

– El régimen principal hace identificar los requisitos del modelo anterior con las exigencias interpretativas de la “buena fe exoneratoria”⁴¹⁷; así como la extensión de la propia exoneración⁴¹⁸. En este sentido, el deudor ha debido satisfacer los créditos contra

⁴¹⁴ CARRASCO PERERA, A., “El mecanismo de segunda oportunidad para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, Centro de Estudios de Consumo – Universidad de Castilla-La Mancha, nº 13, 2015, pág. 9.

⁴¹⁵ CABANAS TREJO, R., “El nuevo régimen...” *op. cit.*, pág. 2.

⁴¹⁶ GÓMEZ ASENSIO, C., “Real Decreto-Ley 1/2015 y mecanismo de segunda oportunidad: una paradójica reforma”, *Diario La Ley*, nº 8514, 8 de abril de 2015, págs. 12-13.

⁴¹⁷ Entre los se encuentran la no declaración de concurso culpable o la falta de condena por ciertos delitos económicos.

⁴¹⁸ No obstante, este extremo debe ser inferido al no establecerse de forma clara la extensión de la exoneración dentro de este régimen principal en ningún precepto. Se trata de una laguna sistemática –una más–, en la Ley Concursal, sobre todo porque esta circunstancia sí es especificada en el régimen alternativo.

la masa y privilegiados, así como un 25% de los ordinarios si no ha intentado llevar a cabo un plan de pagos⁴¹⁹; el resto, quedaría exonerado.

– El régimen alternativo⁴²⁰, pivota de nuevo sobre la buena fe, pero entendida de otro modo. En este caso, el deudor puede no haber satisfecho los créditos requeridos en el régimen principal, pero debe compensar la falta de dicho elemento con otras exigencias. En concreto, el Real Decreto-Ley 1/2015 introduce las siguientes: aceptar someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6 del artículo 178 bis; no haber incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42 LCon; no haber obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años; No haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad; y acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal con posibilidad de acceso público, por un plazo de cinco años. En cuanto al alcance de esta exoneración de segundo orden, éste queda recogido en el apartado 5 del artículo 178 bis, que sintéticamente podemos decir que exonera al deudor de pagar los créditos ordinarios y subordinados con excepción de los créditos de Derecho público y por alimentos; y aunque sea una reiteración dada la nueva forma de valorar la garantía real, la parte no incluida en el valor de la garantía de los créditos del artículo 90.1 LCon si se han clasificado como crédito ordinario o subordinado.

Incluso, se prevé una tercera vía para la exoneración del pasivo insatisfecho, para los casos en que el plan de pagos haya fracasado. Así, el artículo 178 bis.8 LCon, indica que puede proceder la remisión si el deudor a pesar de no haber cumplido totalmente el plan, ha dedicado al mismo al menos, la mitad de los ingresos percibidos que no tuviesen la consideración de inembargables; cumpliendo siempre ciertos requisitos de ingresos y circunstancias familiares del artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Por otro lado, el beneficio también podría ser revocado si se constata la mejora sustancial de la situación económica del deudor.

⁴¹⁹ El 100% de los créditos ordinarios quedarían exonerados constatado dicho intento.

⁴²⁰ Cuyas condiciones obran en el numeral 5º del artículo 178 bis. 3 LCon.

La reforma concursal no está exenta de críticas y valoraciones. Si bien GÓMEZ ASENSIO⁴²¹ señala que con la norma se obtiene mayor coordinación sistemática, eliminando un confuso concepto de “empresario persona natural”; también se detectan importantes disfunciones como la falta de claridad en la articulación de los distintos regímenes de exoneración, las situaciones abusivas a las que puede dar lugar el criterio de no rechazo a una oferta de trabajo dada su falta de concreción, o el carácter engañoso de la relación entre el régimen prioritario y el alternativo con características propias en cada uno que se presentan de forma demasiado compleja. Por su parte, CARRASCO PERERA⁴²² critica con dureza la reforma de la Ley Concursal, entendiendo que se ha vuelto a blindar, en sede de régimen alternativo del acuerdo extrajudicial, al crédito público⁴²³. También se queja del concepto de buena fe introducido por el Real Decreto-Ley 1/2015, cuya sola mención carece de significado si a continuación se regula una larga lista de criterios, muy detallados sobre lo que debemos entender por buena fe. De forma más general, el citado autor se muestra escéptico sobre el acuerdo extrajudicial de pagos, señalando que se trata de un mecanismo que no sirve a sus objetivos ya que solo aumenta los costes económicos y temporales del procedimiento de insolvencia. En este sentido –añade–, la segunda oportunidad no viene dada por la remisión de una parte de las deudas, ya que entiende que el deudor tras esa situación volverá a necesitar el crédito, que sin duda le será negado por las entidades bancarias en virtud de la publicidad vía Registro Público Concursal que se hace de la situación patrimonial del mismo. Esta idea vincularía segunda oportunidad con “olvido” y no con “perdón” como parece acoger nuestra Ley Concursal. A pesar de ello, la norma trata de acoger una nueva tendencia del Derecho concursal en todo el mundo, basada en la consideración del operador económico que ha caído en insolvencia en alguna ocasión, como un sujeto idóneo para el mercado, dada la experiencia adquirida en el fracaso inicial. Se está acogiendo una idea ciertamente influenciada por la tradición concursal anglosajona, y sobre todo americana, donde el fracaso empresarial representa recurrentemente un primer estadio en una carrera de éxito en los negocios.

⁴²¹ GÓMEZ ASENSIO, C., “Real Decreto-Ley 1/2015...” *op. cit.*, págs. 13 y 14.

⁴²² CARRASCO PERERA, A., “El mecanismo...” *op. cit.*, págs. 2-5.

⁴²³ Tampoco comparte que se protejan los créditos por alimentos en el sistema alternativo y no en el prioritario.

i) Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal

En 2015 se acometen diversas reformas, partiendo en muchas de ellas del contenido del Real Decreto-Ley 11/2014⁴²⁴, aunque influida también por las reformas que en este lapso de tiempo se han producido de la norma (Ley 17/2014 y Real Decreto-Ley 1/2015). Podemos condensar el contenido de la Ley en los siguientes apartados o medidas concretas:

– En cuanto al artículo 5 bis, donde se regula la comunicación de negociaciones extrajudiciales y sus efectos, se introducen algunas modificaciones que clarifican dicho régimen jurídico. En concreto, la comunicación que se remita al juzgado por parte del deudor expresará los procedimientos ejecutivos contra su patrimonio, identificando los que afecten a bienes necesarios para su continuidad empresarial⁴²⁵. Pero sobre todo destaca la medida por la que se impide el inicio de ejecuciones de cualquier tipo –o se suspende si ya hubieren sido iniciadas–, promovidas por acreedores de pasivos financieros en el sentido de la disposición adicional cuarta, cuando se cumplan determinadas condiciones. Estos requisitos consisten en la acreditación documental de que “un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia”⁴²⁶. Se está tratando de amparar el valor de la negociación y la posible solución pactada manteniendo, ante el apoyo de los acreedores

⁴²⁴ Se convalidan en esta reforma medidas ya introducidas por el Real Decreto 11/2014 como: la inclusión en el informe de la administración concursal de una “valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación” (artículo 75.2 LCon); la introducción de un apartado tercero en el artículo 90, estableciendo las reglas de interpretación del privilegio especial, que solo alcanza la parte del crédito que no exceda del valor de la garantía (calificándose el posible exceso de crédito según su naturaleza); o la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica del artículo 93.2 LCon.

⁴²⁵ También se reafirma al Juez del concurso como competente para resolver los conflictos sobre la condición de los bienes –necesarios o no– en relación a la continuidad empresarial.

⁴²⁶ Sobre esta cuestión: PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación "ex" art. 5.bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 23, 2015, págs. 31 y ss.

financieros del deudor común, un periodo en que se facilita la negociación con el conjunto de acreedores para llegar a una solución que no implique la liquidación.

– Se modifica el artículo 71 bis LCon, de modo que a los efectos del cómputo de la mayoría de tres quintos del pasivo del deudor, y en el caso específico de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se considera que la totalidad de los acreedores suscriben el acuerdo de refinanciación cuando se consiga una mayoría cualificada del 75% del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior.

– La consideración acreedores de Derecho laboral de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, sin exceder la cuantía del artículo 91.1º LCon. En el ámbito laboral también se reforman los artículos 33 (para dar competencias a la administración concursal en relación a procedimientos laborales) y 64 (para adaptarlo a una nueva realidad donde el Juez del concurso conoce de diversos procedimientos de naturaleza laboral).

– Se introducen algunas exigencias en materia de publicidad a través del Registro Público Concursal y de comunicación telemática de determinados actos o estados del proceso –principalmente del informe de la administración concursal– (artículos 95, 107, 115, 148 LCon, entre otros).

– El convenio concursal es uno de los ámbitos en que ha incidido más la reforma: aclara la Ley 9/2015 que la propuesta de convenio debe contener, obligatoriamente, quitas o esperas⁴²⁷; se flexibiliza la constitución de la junta de acreedores con un nuevo criterio en defecto de la presencia de la mitad del pasivo ordinario, la concurrencia de acreedores que representen, al menos, la mitad del pasivo que pueda verse afectado por dicho convenio –excluyéndose los subordinados–⁴²⁸; a partir de este momento, se computará el voto positivo de los acreedores privilegiados para la aprobación convenio concursal (artículo 124.2 LCon), eliminándose el primer apartado del artículo 123; del mismo modo que se establece expresamente la extensión

⁴²⁷ Artículo 100.2 LCon.

⁴²⁸ Artículo 116.4 LCon.

de los efectos del convenio aprobado a los acreedores ordinarios y subordinados que hayan votado negativamente al mismo.

– La liquidación también se ve modificada, destacando entre las novedades: la remisión a los artículos 146 y 149 en materia de transmisión de unidades productivas, siendo este último el que incorpora una regla para permitir al Juez la admisión de ofertas que no difieran en más de un 15% de la inferior, cuando considere que así se garantiza la continuidad de la empresa o de la unidad productiva, los puestos de trabajo en juego y la satisfacción de los acreedores en mejores condiciones⁴²⁹; asimismo, se eleva de un 10% a un 15% la cantidad que el Juez puede consignar de la enajenación de cada uno de los bienes, para satisfacer “las cantidades que resulten a deber a determinados acreedores, conforme a los pronunciamientos judiciales que se emitan en los recursos de apelación que pudieran interponerse frente a actos de liquidación”; además, se añade un apartado quinto al artículo 155, que permite al acreedor con privilegio especial “hacerse” con el montante de la realización de los bienes, en la cantidad que no exceda de la deuda originaria, pasando dicho posible exceso a la masa activa del concurso.

Finalmente, la calificación de ciertos concursos cambia⁴³⁰. En los nuevos supuestos de presunción *iuris tantum* de culpabilidad destaca, en relación a la ausencia del acreedor en la junta de acreedores, la necesidad de una hipotética participación que hubiera sido determinante para la adopción del acuerdo; y la extensión al ámbito de los acuerdos extrajudiciales de pago de la misma presunción cuando la falta de acuerdo se deba a la oposición de socios o administradores –sin causas razonables– a la capitalización de créditos, una emisión de valores o instrumentos convertibles.

j) Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social

Con la tramitación de esta Ley se está convalidando el contenido del Real Decreto-Ley 1/2015. No obstante, en algunos aspectos la nueva norma va a variar o

⁴²⁹ También se excluye la subrogación del adquirente cuando se trata de créditos tributarios y de seguridad social, aunque subsista la garantía.

⁴³⁰ Artículos 164 y 165 LCon.

completar las reformas que aquél introdujo en el ordenamiento; o bien va a separarse de las materias que estrictamente se trataron entonces, con la más que estirada fórmula de la “urgencia y necesidad”. Además de determinadas cuestiones de naturaleza técnica en relación al acuerdo extrajudicial de pagos, y algunas cuestiones introducidas por el Real Decreto 1/2015 sobre la figura de la persona especialmente relacionada con el deudor y la lista de acreedores que finalmente no se tramitan, para conocer las modificaciones más sustanciales de esta reforma conviene aludir a dos ámbitos.

En primer lugar, la retribución de la administración concursal sufre algunas matizaciones. El artículo 34 es modificado para incluir como uno de los criterios que determinan el arancel del administrador, las funciones efectivamente desempeñadas por éste, como modo hacer responder dicha retribución a la realidad concursal de manera más fidedigna. Pero se concreta aun más el régimen de este estipendio: de un lado se concierta una cantidad total máxima, resultante de una doble referencia⁴³¹, aplicándose la cantidad inferior (criterio de limitación); y de otro, se reformula el criterio de efectividad para facilitar su redacción, comportando una garantía para el pago de la retribución de la administración concursal en los casos en que concluya el procedimiento por insuficiencia de masa para satisfacer los créditos contra la masa (dotado con aportaciones de los propios administradores concursales). En relación a este tema de la retribución de la administración concursal, se añaden además con esta reforma tres nuevos preceptos en la Ley Concursal: artículos 34 bis, 34 ter, y 34 quáter. A través de ellos se establece la existencia de una única cuenta de garantía arancelaria, así como su régimen jurídico, personas encargadas de su gestión, reglas de cálculo de las aportaciones, exenciones, etc.

En segundo lugar, nos detenemos en el artículo 178 bis LCon, sobre el mecanismo de segunda oportunidad⁴³². En él se introducen algunas variaciones:

⁴³¹ El criterio de limitación responde a una cantidad fija, la de un millón quinientos mil euros, o bien una cantidad determinable, el 4% del activo del deudor.

⁴³² Tras esta norma, encontramos el análisis más exhaustivo de la segunda oportunidad concursal en: HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., *La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia*, Madrid, Lefebvre-El Derecho, 2015.

– Aun calificándose el concurso como culpable, podrá el Juez otorgar la exoneración del pasivo insatisfecho cuando la calificación provenga de la aplicación del artículo 165.1.1⁴³³, siempre que no aprecie dolo o culpa grave del deudor.

– Se establece que el acceso a la sección Registro Público Concursal dedicada a la constancia de la exoneración solo se permitirá a quien tenga un interés legítimo en conocer la situación del deudor⁴³⁴.

– Se amplían las posibilidades para conseguir por parte del deudor la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho sin haber cumplido en su integridad el plan de pagos, abriéndose otra alternativa en los cinco años posteriores a la concesión del beneficio provisional: la dedicación de “la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad”.

– La reforma explicita también la posición del fiador u obligado solidario respecto del deudor exonerado. Aquél no podrá ejercitar acción de reembolso contra el deudor para mantener la naturaleza del beneficio de segunda oportunidad y no vaciarlo de contenido. Por tanto, la posición del fiador que cumple en lugar del deudor empeora sustancialmente con la Ley 25/2015.

– En cuanto a la revocación de la exoneración, se transforma una de las causas que pueden fundar la solicitud. De este modo la mejora sustancial de la situación económica no será causa para revocar el beneficio de la segunda oportunidad, a menos que dicha mejora provenga de herencia, legado o donación, juego de suerte, envite o azar.

⁴³³ Recordemos que este supuesto se refiere al incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso.

⁴³⁴ Al respecto, señala el artículo 178 bis.3.5º.v): “entendiéndose en todo caso que tienen interés quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por éste y que esté condicionada a su solvencia, así como las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones. La apreciación de dicho interés se realizará por quién esté a cargo del Registro Público Concursal”.

Se cierra con esta Ley un proceso de reforma sobre aspectos fundamentales de nuestra normativa concursal que parece no acabar nunca. No sorprende al operador jurídico la introducción de elementos nuevos, modificaciones, transformación de pilares básicos del esquema concursal, que se vienen sucediendo desde 2009, en un principio como consecuencia de la inadaptación de la Ley a una situación de crisis económica y más tarde por las evidentes carencias e incoherencias de la Ley Concursal.

3.2. Modificaciones no sustanciales

Además de las ya estudiadas en profundidad, la Ley Concursal de 2003 ha sufrido más reformas. En este epígrafe pretendemos citar, y así conocer las disposiciones que han modificado en algún punto nuestra norma de referencia. Por supuesto, se trata de reformas menores, cuya naturaleza es de carácter meramente procedimental, o bien vienen dadas por la inclusión o exclusión de ciertas categorías en alguna enumeración de la norma. Son modificaciones de carácter secundario, que no han cambiado ni moldeado la institución, sino que solo han apoyado su viabilidad. Pretendemos aquí enumerarlas, para completar con este epígrafe todas y cada una de las ocasiones en que el legislador variado una palabra del texto original de la Ley Concursal de 2003:

– Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica. Introdujo un apartado 3 en la disposición adicional segunda de la LCon.

– Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros. Derogó la disposición final vigésimo sexta.

– Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados. Se deroga la disposición final vigésimo sexta.

– Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. Modificó el apartado dos de la disposición adicional segunda de la LCon.

– Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito. Se volvió a reformar el apartado segundo de la disposición adicional segunda.

– Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras. Una vez más se modifica el apartado segundo de la disposición adicional segunda LCon.

– Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. También modifica la disposición adicional segunda, apartado segundo.

– Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. Completa la mencionada enumeración del apartado segundo de la disposición adicional segunda de la Ley Concursal.

– Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso. Modificó el artículo 98 LCon.

– Ley 11/2001, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Cambió la redacción del número 4º del artículo 8; y del artículo 52.1.

– Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Se modifica el párrafo k) de la disposición adicional segunda, apartado 2.

– Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Fijó la modificación del instrumento anterior, de carácter temporal.

– Real Decreto-Ley, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Cambió la redacción del artículo 64 LCon, en sus apartados dos y seis.

– Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias. Añade un nuevo párrafo l) a la enumeración del apartado segundo de la disposición adicional segunda.

– Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Entre otras normas, modificó a la Ley Concursal en lo referente a los artículos 64.2 y 64.6.

– Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. De nuevo incidiendo en la enumeración del apartado segundo de la disposición adicional segunda.

– Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. Se sustituye en el párrafo k) del apartado segundo de la disposición adicional segunda la Ley 9/2012 por la propia Ley 11/2015.

– Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que no influye profundamente en la LCon, disponiendo que el mediador concursal será nombrado por el Consorcio de Compensación de Seguros en el caso de entidades aseguradoras (añadiendo un apartado quinto al artículo 233 LCon).

– Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que “devuelve” la competencia al órgano de administración o liquidación para solicitar el concurso de la persona física (recuperando la redacción anterior a la Ley de Emprendedores, que eliminó tal referencia en un intento de acabar con la confusión existente tras dicha norma en el concurso de la persona jurídica). La Ley además modifica: el régimen de la cuenta de garantía arancelaria en los artículos 34.ter y 34.quáter de la Ley; y las condiciones para calificar con privilegio general los créditos garantizados con prenda del artículo 90.1.6º LCon.

3.3. Resultado de las reformas y perspectivas de futuro

Tras la amplia exposición de las reformas de la Ley, podemos concluir que el Derecho concursal español ha sufrido una metamorfosis que se inició en el año 2003, y

que sigue abierto a nuevas modificaciones y cambios que lo acerquen a las condiciones de utilidad social que son esperables. En este sentido, el proceso de reforma ni mucho menos puede darse aun por terminado. Se han acometido numerosas e importantes modificaciones y se han creado nuevos institutos; destacando la importante actividad legislativa en torno a la vertiente preconcursal de la disciplina, donde como hemos visto, se han centrado la mayoría de esfuerzos normativos de los últimos años, a pesar de que nuestro trabajo trata de no invadir espacios que no le corresponden, como el estudio de la preconcursalidad⁴³⁵. Pero próximamente se esperan nuevas modificaciones y desarrollos de la norma, como por ejemplo el reglamento que debe regular el estatuto de la administración concursal, que transformará a buen seguro una de las figuras más relevantes en esta rama del ordenamiento⁴³⁶.

El análisis una por una, de todas las reformas de la LCon ha venido a demostrar que el legislador se ha visto “superado” por la situación económica de los últimos años, tratando de solventar un problema de naturaleza económica desde el plano jurídico, y en concreto, desde el tratamiento jurídico de la insolvencia. El resultado de tal pretensión ha sido el desmantelamiento del procedimiento concursal generado en el año 2003 como demanda histórica de nuestro Derecho. La implementación de medidas a toda prisa, sin respetar los tiempos razonables para preparar las reformas, o bien para detectar si funcionan realmente las que ya se están implementando, ha determinado un escenario concursal verdaderamente degradado en relación a los pocos años de vida de una Ley Concursal que parece en permanente cambio. De hecho, el afán por liberar los Juzgados de lo Mercantil del exceso de trabajo y de reducir el número de concursos declarados ha llevado a organizar todo un ramillete de opciones preconcursales, que tienen por objetivo evitar el proceso ordinario de concurso como si se hubiera agotado el sistema a

⁴³⁵ Con el panorama que han dejado las múltiples reformas en este sector del Derecho concursal, la obra que por rigor y extensión representa la exhaustividad en el estudio de los institutos preconcursales es: PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, Madrid, La Ley, 2016.

⁴³⁶ Asimismo, un aspecto que ha escapado del ámbito de esta investigación es el de los sujetos del concurso y muy especialmente el administrador concursal. Para conocer, desde una óptica puramente concursal, generalista y teórica, que debiera ser siempre la primera aproximación al estudio de una cuestión; y con un acertadísimo análisis sobre los diferentes modelos de administración concursal, *vid.*, TIRADO MARTÍ, I., “La sindicatura concursal”, *La reforma de la legislación concursal* (coordinado por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003.

los pocos años de su creación. Ésa es la concepción que impera de manera inaceptable a nuestro entender.

Esta visión, la de un problema principalmente económico, que trata de solventarse desde el plano jurídico, es un paradigma hasta el momento irrenunciable en el Derecho concursal español. Sin embargo, resultan muy interesantes otros modos de estudiar el concurso, que se acercan al análisis económico del Derecho, cuyo uso es perfectamente plausible en esta materia. Se trata de una posición cuya premisa fue magistralmente definida por BISBAL MÉNDEZ en el Derecho previgente y con relación a la quiebra: *La quiebra no es por sí misma un mal, aunque su historia esté repleta de biografías dramáticas. La quiebra es un hecho que debe estar presente en el horizonte estratégico del empresario. Tanto en los buenos como en los malos tiempos, la posibilidad del fracaso futuro no ha de ser ocultada al optimismo presente. La quiebra es algo inherente al mercado, “como un mal inevitable y necesario del sistema capitalista”. Algo que debe tenerse en cuenta en el mismo instante en que alguien decide iniciar una empresa o construir un imperio*⁴³⁷.

Un ejemplo actual de cómo podría argumentarse este tipo de reflexiones lo encontramos con GURREA MARTÍNEZ⁴³⁸, que justifica los problemas de aplicación del Derecho concursal con una supuesta falta de entendimiento del legislador de los fundamentos económicos del concurso. En su opinión, estigmatizar al insolvente no tiene sentido ya que, para que se produzca la apertura del concurso se han debido dar diversos factores que son muy positivos para el sistema económico, en concreto: la existencia de emprendimiento, consumo o inversión, la asunción de riesgos y la asunción de deuda. Si estos elementos son fundamentales para el crecimiento económico, no cabría una concepción represiva de la insolvencia, que sería expresión de todas esas virtudes. Por tanto, el diseño del sistema concursal tiene que responder a su

⁴³⁷ BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis... op. cit.*, pág. 25; “Los fines del sistema concursal. Una aproximación económica al Derecho de quiebras”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Volumen 83, nº 3, 1984, pág. 559. No podríamos decir que dentro de este análisis económico del Derecho, pero sí admitiendo la naturaleza fáctica y económica de la ya derogada quiebra, encontramos la opinión de GARRIGUES: *El Derecho de quiebras es el conjunto de las normas legales que regulan las consecuencias jurídicas del hecho económico de la quiebra*. GARRIGUES, J., *Curso... op. cit.*, pág. 400.

⁴³⁸ GURREA MARTÍNEZ, A., “El Derecho concursal en España: el problema de un sistema mal entendido”, *e-dictum*, nº 55, julio de 2016 (formato electrónico).

eficiencia *ex ante*, esto es, su capacidad para promocionar la inversión, el emprendimiento y el abaratamiento del crédito; cuestión que a su vez está relacionada con el grado de eficiencia *ex post* del mismo sistema concursal⁴³⁹. En otras palabras, la teoría se basa en que el concurso, que cumple una importante función económica, debe promocionar únicamente la conservación de empresas viables, porque el aumento del grado de eficiencia concursal tiene resultados muy positivos para el resto de la economía, tales como el abaratamiento del crédito o el aumento del consumo⁴⁴⁰. Se aboga así por una suerte de “concurso eficiente”, que si bien no podemos acoger en su totalidad en un trabajo de naturaleza jurídica, sí que incorporaremos en cierto modo al señalar que la conservación empresarial no tiene sentido en términos generales, sino solamente cuando se aplica a operadores que pueden cumplir las expectativas. Se añade, que la falta de atractivo en el recurso al procedimiento concursal determina que se posponga la apertura del mismo y el mantenimiento en el mercado de empresas insolventes, siendo esta circunstancia nociva para el deudor y para los acreedores (ya que se produce una destrucción del valor de la empresa). Sin embargo, en estos planteamientos no inferimos una concepción liquidatoria de la institución concursal, sino –de nuevo– un concurso eficiente, en el que se identifica con la mayor precisión la viabilidad de los deudores, aportando el ordenamiento incentivos suficientes para la utilización del sistema concursal (como por ejemplo la posibilidad para los acreedores de forzar la liquidación de empresas inviables). Todo ello redundaría en un único paradigma posible con carácter *ex post*, la maximización de la satisfacción de los acreedores, lo que tendría en ese mismo contexto la función de asignar eficientemente los recursos mal gestionados, además de generar una posibilidad de explotación para otras empresas; mientras que en el contexto *ex ante*, se mejoraría el consumo, la

⁴³⁹ Con anterioridad a la obra que se está analizando, algunos autores iniciaron la cuestión preguntándose por la relación que podría haber entre *las leyes concursales y los contratos de crédito suscritos por las empresas más sanas de la economía*. VAN HEMMEN ALMAZOR, E., “Formalismo judicial, control e incentivos en el concurso de acreedores”, *Estabilidad Financiera*, nº 16, 2009, pág. 135.

⁴⁴⁰ El autor llega a considerar que el hecho de que exista una situación de insolvencia es positiva para el sistema. Si bien entendemos el razonamiento de una mejor asignación de los recursos para casos aislados, no resultaría un argumento extrapolable a un contexto generalizado como el que hemos vivido en los últimos años. También en: GURREA MARTÍNEZ, A., “Las tendencias actuales en la configuración del interés del concurso”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 1529.

inversión y el acceso al crédito, protegido por un Derecho concursal eficiente. Como ya se ha dicho, aunque no podamos trasladar todas estas ideas a un estudio de naturaleza jurídica, sí que podrán detectarse algunos elementos que están claramente imbuidos por una concepción económica del Derecho concursal, que no puede negar este enfoque si quiere aportar soluciones reales en materia de insolvencia.

Con la caracterización del sistema que se va a realizar en los siguientes capítulos, podrá entenderse cómo la normativa concursal intenta cumplir con la finalidad general de dejar paso a la ejecución universal para evitar el colapso patrimonial. Se logrará tal empresa poniendo como principal objetivo la satisfacción de los acreedores bien a través de la liquidación, bien a través del convenio⁴⁴¹, solución esta última que la redacción original de la Ley Concursal trataba de potenciar. Pero no debe caerse en el error de pensar que el objetivo de conservación de la empresa a través del convenio está en el mismo plano que la satisfacción de los créditos. Al menos en teoría, el primero está supeditado al segundo, de manera que la conservación de la actividad solo podrá darse en aquellos casos en que sea recomendable y plausible en equilibrio con la satisfacción de los acreedores, cuyo derecho no debe verse mermado por la impericia, torpeza o mala fe del deudor. No obstante se trata de una cuestión compleja. De hecho, y como podremos ver en los siguientes capítulos, la institución concursal viene sufriendo precisamente por efecto de todo el proceso de reforma, cambios sustanciales en su esquema axiomático. Dicha circunstancia ha sido puesta de relieve por CAMPUZANO: *La indicada sucesión de reformas legislativas ha configurado una legislación de insolvencia con algunas características propias y diferentes a aquellas que la informaban inicialmente (...) resulta igualmente imprescindible que las modificaciones que se introducen respondan a una correcta técnica legislativa y sean resultado de un proceso meditado y reflexivo, que depare la mejora que se persigue con los cambios que se introducen*⁴⁴²; y también por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: *Sería deseable, sin embargo que en esa línea de intervención normativa gocen de estabilidad los principios fundamentales de la*

⁴⁴¹ En este sentido: ALCOVER GARAU, G., “La ley 22/2003, de 8 de julio, concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 51.

⁴⁴² CAMPUZANO, A. B., “El Derecho de la insolvencia. El acuerdo extrajudicial de pagos”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 43.

*disciplina, evitando que cada poco tiempo se registren cambios de especial calado o que obligan a prestar cuidada atención a las soluciones transitorias*⁴⁴³. En esta línea de preocupación por los principios del Derecho concursal, y por el efecto que ha tenido en ellos la aplicación de la LCon y las reformas operadas en ésta, se sitúa nuestra investigación.

Es ésta una etapa de cambios, una etapa de redefinición del concurso y de confusión sobre cuestiones fundamentales en la que es necesario pensar en el Derecho concursal que tenemos y en cómo se está desarrollando y cambiando, así como en las transformaciones que podrían mejorarlo. Para ello necesitamos, como primera medida, comprender sus principios.

⁴⁴³ SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, J., “Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº22, 2015, pág. 60.

PARTE SEGUNDA
PRINCIPIOS CONCURSALES

IV. PRINCIPIO DE UNIDAD

1. Consideración general

Tras varios proyectos fallidos de reforma jurídica en relación al tratamiento de la insolvencia, que encontraban su causa en la falta de adecuación a la realidad social de las normas en materia concursal, y constatadas las importantes disfunciones del régimen aplicable, bien por la inutilidad de ciertas disposiciones, o bien por la dispersión legislativa que imperaba⁴⁴⁴, se produce en el año 2003 una ruptura radical. A la génesis de esta nueva regulación, que tiene su origen en la designación por el Ministerio de Justicia, de una Sección Especial de Derecho concursal dentro de la Comisión General de Codificación en el año 1996 al objeto de realizar un anteproyecto de Ley, ya nos hemos referido. Con la Ley Concursal vigente el legislador ha tratado de simplificar el procedimiento concursal, confiriendo al sistema la unidad que según la doctrina es su principal característica, su clave de bóveda para entender lo que se pretende con ella. Para un sector mayoritario (y casi único) de la misma, la unidad del sistema tras las Leyes de 2003 se ha dejado ver en tres vertientes⁴⁴⁵: unidad legal, de disciplina y de procedimiento. De éstas nos ocuparemos a continuación, no sin antes hacer algunas mínimas precisiones generales sobre el principio de unidad, entendido de manera genérica.

La unidad es, según OLIVENCIA, una elección de la propia sección especial que se encargó de la redacción de la Ley, siendo diferente el grado de consenso entre las diferentes manifestaciones de dicho principio⁴⁴⁶. Se ha señalado que esta idea-motor de la reforma concursal venía dada por una clara dispersión que a su vez estaba determinada por la concepción arcaica del Derecho de la insolvencia. La dispersión se

⁴⁴⁴ El desastroso ordenamiento concursal previo a 2003 es una cuestión pacífica en la doctrina. Numerosos autores han criticado el régimen previo a la LCon, siendo representativo de todos ellos la lista de defectos que recoge: VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...* *op. cit.*, págs. 2048-2050.

⁴⁴⁵ Por todos: VIGUERA RUBIO, J.M., “El Derecho Concursal...” *op. cit.*, págs. 831 y ss; y GADEA, E., *Iniciación al estudio del Derecho Concursal*. Madrid, Dykinson, 2005, págs. 41 y ss. (entre otros). Además, la propia Exposición de Motivos de la LCon señala: “La ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema”.

⁴⁴⁶ OLIVENCIA, M., “La terminología...”, *op. cit.*, págs. 143 y ss.

manifestaba a través de la dualidad en torno a tres criterios⁴⁴⁷: el normativo (con la separación en normas diferentes de las reglas procesales y sustantivas), el presupuesto subjetivo (comerciantes y no comerciantes tenían un régimen diverso) y el presupuesto objetivo (con la distinción de instituciones preventivas y ejecutivas). De hecho, y como podremos comprobar, la necesidad de respuesta a este problema ha motivado la adopción por los poderes públicos de la triple unidad antedicha.

La opción legislativa comentada ha sido puesta a prueba con cada reforma de la Ley Concursal. El principio de unidad en el cual se ha tratado de basar la normativa concursal vigente, considerándose uno de sus elementos más irrenunciables, ha tenido y tiene que lidiar con un importante movimiento de reforma que no deja de zarandear un maltrecho sistema concursal. Sin embargo, la continua modificación de la norma no obsta para que la mayor parte de la doctrina siga manteniendo su aceptación a la idea de un sistema concursal construido sobre la unidad inexistente en el pasado⁴⁴⁸. Por ello iniciamos aquí el análisis de los principios concursales, pues es la unidad una condición cuya posición central en la LCon hace necesario su estudio pormenorizado si atendemos al enfoque profundo que queremos proyectar. Sobre el principio se ha escrito mucho, y desde luego se ha admitido aun cuando existen importantes lagunas en su caracterización. No obstante, entendemos que *el jurista no debe quedarse en la cáscara de la palabra que envuelve al concepto; debe penetrar para descubrir qué es lo que encierra un término, cuáles son sus significados y matices*⁴⁴⁹.

2. Unidad legislativa

Con este término se hace referencia al tratamiento conjunto en un mismo texto normativo de los aspectos procesales y sustantivos del régimen jurídico de la

⁴⁴⁷ OLIVENCIA, M., “Los principios de unidad de disciplina, subsistencia de la persona jurídica concursada, continuación de la actividad y conservación de la empresa en la Ley 22/2003”, *El Concurso de Sociedades en el Derecho Europeo (una experiencia comparada)*, Madrid, La Ley, (monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal), 2004, pág. 13.

⁴⁴⁸ En particular, PULGAR EZQUERRA así lo reconoce en relación a la modificación introducida en la LCon por la Ley 38/2011. *Vid.* PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo del concurso de acreedores”, *El concurso de acreedores* (dirigido por PULGAR EZQUERRA, J.), Madrid, La Ley, 2012, págs. 151-152.

⁴⁴⁹ No sobre la unidad, sino sobre el término *concurso*, se expresa literalmente: OLIVENCIA, M., “La terminología...”, *op. cit.*, pág. 207.

insolvencia. Efectivamente, la LCon produjo una reorganización de la materia concursal, con la consiguiente simplificación. Ésta, es una característica buscada por el legislador y que ha redundado en una mayor seguridad jurídica, regulándose en la misma Ley el Derecho sustantivo y procesal relativo al concurso de acreedores (no el Derecho penal), lo que pone fin a un *laberinto normativo* de más de 30 Leyes. La dispersión normativa se elimina notablemente con respecto a ordenamientos anteriores que ya hemos tenido ocasión de analizar.

No obstante, se ha puesto de relieve que no se trata de un criterio iniciado estrictamente por la Ley Concursal, sino que se adivinaba antes incluso de la entrada en vigor de la LCon. La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, en el apartado primero de su disposición derogatoria única señalaba en relación a la pervivencia de algunas disposiciones de la LEC 1881⁴⁵⁰: “Los Títulos XII y XIII del Libro II y el Libro III, que quedarán en vigor hasta la vigencia de la Ley Concursal y de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, respectivamente, excepción hecha del artículo 1827 y los artículos 1880 a 1900, inclusive, que quedan derogados”. De esta manera, ya había el legislador previsto la desaparición de los aspectos procesales del tratamiento jurídico de la insolvencia de la norma procesal general en el ámbito del Derecho privado. Además, dice OLIVENCIA⁴⁵¹ que esta elección, gestada desde la promulgación de la LEC 2000, venía a acoger en nuestro sistema la experiencia comparada de otros ordenamientos. En este sentido destaca el autor la unidad legal de Alemania (KO y la InsO), Reino Unido (*Insolvency Act*), Estados Unidos (*Bankruptcy Code*), Italia (*Legge Fallimentare*), etc.

La opinión general de la doctrina mantiene que esta unidad legislativa no se ve enturbiada por ninguna de las circunstancias que aquí nos llevarán a negar esta manifestación del principio de unidad. El importante papel que ha jugado la LCon, al reducir ostensiblemente la compleja aplicación del Derecho concursal, ha llevado a asentar como dogma concursal la existencia de unidad en el plano legal, siendo una idea que goza de gran aceptación⁴⁵². No obstante cuando nos acercamos al sistema concursal

⁴⁵⁰ La referencia concreta a la normativa concursal está en el ordinal primero del citado precepto.

⁴⁵¹ OLIVENCIA, M., “La terminología...”, *op. cit.*, págs. 150-151; y “Los principios...” *op. cit.*, pág. 14.

⁴⁵² Por todos, *Ibidem*. No obstante, también encontramos algunos autores que muestran las tensiones que sufre la unidad legal de la institución, ante la proliferación de normas que influyen de un modo u otro en la normativa concursal. *Vid.* SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “La extraconcursalidad del concurso de

vigente de forma explícita, librándonos de prejuicios adquiridos por el histórico tratamiento deficitario de la situación de insolvencia en España, podemos llegar a postulados más o menos críticos con la efectividad del principio de unidad concursal en el ámbito legal. Dicha crítica va a estar marcada por diversos criterios:

– En nuestra opinión, es de gran relevancia que el sistema concursal no haya cristalizado en una sola norma, dada la tramitación de una Ley Orgánica que fue un requisito ineludible para diseñar el nuevo Derecho concursal al tratarse aspectos relacionados con los derechos fundamentales. La ya citada LORC impone una dualidad indiscutible, que según el propio OLIVENCIA *responde a un criterio de política legislativa (...): la separación en textos diversos de las normas que exigían el rango de ley orgánica por afectar a derechos fundamentales del deudor (y de otras personas, como los administradores y liquidadores de persona jurídica) o por modificar otras leyes de ese rango (como la LOPJ), respecto de las que contenían la regulación ordinaria del concurso*. Pero, fuera cual fuese la justificación, y sin perjuicio de que tanto la LORC como la LCon regulen aspectos sustantivos y procesales en su articulado, la realidad es que son dos las Leyes que contienen nuestro Derecho concursal vigente. El criterio fáctico debe imponerse en este punto en que, por regla general, ni siquiera se llama la atención sobre la existencia de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, con las paradójicas consecuencias que ello reporta al tratamiento del principio de unidad.

– Tampoco parece influir a esta aceptada consideración de unidad legislativa respecto al ámbito concursal la plena vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil como Ley procesal general.

– Llegando más lejos, puede decirse que subsiste un Derecho concursal especial, aplicable a las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, en razón de las consecuencias que estos procedimientos podrían tener para los intereses generales y por la especial relevancia de estos sujetos en el tráfico comercial y la economía en general. ROJO y BELTRÁN⁴⁵³ explican la existencia de

acreedores”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 1086 y ss.

⁴⁵³ ROJO A. y BELTRÁN, E., “Regulación jurídica...” *op. cit.*, págs. 500-502.

una legislación concursal especial como consecuencia de las repercusiones económicas de la etapa de crisis. Distinguen además diferencias en cada ámbito: en cuanto a las entidades de crédito, esas normas responden a la tutela de los ahorradores⁴⁵⁴, intervención y liquidación administrativa o reestructuración de entidades en crisis, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) o normas concursales que tienen algunas especialidades⁴⁵⁵; las aseguradoras por su parte cuentan en la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado con medidas de control especial⁴⁵⁶; mientras que en las empresas de servicios de inversión la CNMV puede intervenir o sustituir los órganos de dirección o administración y otras especialidades que obran en el TRLMV⁴⁵⁷. Aunque de un modo diverso, también destacan que algunas de las últimas reformas en la disposición adicional segunda bis LCon, podrían haber supuesto un régimen concursal particular para las entidades deportivas⁴⁵⁸, con una importante crítica ya recogida al hilo del análisis de las reformas que introducían las polémicas disposiciones en materia de concurso de entidades deportivas y cómo se relacionaba con la pervivencia de las mismas en una determinada liga o categoría. No pretendemos decir que estas excepciones no merecen una regulación especial, ni siquiera que todas las prescripciones relacionadas con el concurso de acreedores debieran tomar un único cuerpo legislativo, al menos no de momento. Lo que tratamos es de mostrar que esta unidad legislativa no se da⁴⁵⁹. Podremos hablar de un esfuerzo por reducir el marco normativo para dar coherencia y simplificar un poco el ordenamiento, pero en puridad no existe unidad legislativa.

⁴⁵⁴ Con el Fondo de Depósitos de Entidades de Créditos que garantiza en casos de insolvencia hasta 100.000 euros a los depositantes.

⁴⁵⁵ Por ejemplo en materia de declaración de apertura del procedimiento o de composición de la administración concursal.

⁴⁵⁶ Prohibición de disposición de determinados bienes, exigencia de un plan de saneamiento, etc.

⁴⁵⁷ Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (aprobado por RDLeg. 4/2015, de 23 de octubre). Se refieren dichas especialidades a la declaración, composición de la masa activa o la administración concursal.

⁴⁵⁸ Para profundizar en el estudio del régimen concursal de las entidades deportivas profesionales, *vid.*, PALOMAR OLMEDA, A., “La insolvencia de las entidades deportivas profesionales”, *El concurso de acreedores* (dirigido por PULGAR EZQUERRA, J.), Madrid, La Ley, 2012, págs. 785-823.

⁴⁵⁹ Aludiendo directamente al mantenimiento de la dispersión normativa tras la promulgación de la LCon: NIETO DELGADO, C., “Reforma concursal...” *op. cit.*, pág. 628.

De manera que esta unidad legislativa o no es tal o hay que matizarla; seguramente debemos hablar de más unidad que en otro tiempo, donde como se ha dicho existían infinidad de normas de distinto rango que hacían tediosa la aplicación del Derecho concursal, sin embargo, tampoco podemos decir que exista unidad plena en esta rama del Derecho. Tal condición, quizá ilusoria, solo podría darse a través de la codificación vistas las dificultades para compilar todas las prescripciones necesarias en un único cuerpo legislativo⁴⁶⁰. Incluso entre autores convencidos de esta condición unitaria de la legislación concursal vigente a veces podemos atisbar dudas sobre cómo calificar la situación⁴⁶¹. En concreto, el Profesor OLIVENCIA⁴⁶² señala que se trata de una *unidad legal relativa* que supera la división anterior en términos absolutos; lo que nos hace mantener que esta manifestación del principio de unidad no tiene una proyección tan clara en la realidad.

3. Unidad de disciplina

Esta vertiente del principio de unidad tiene su reflejo sobre la igualdad en el trato del comerciante y del no comerciante a efectos concursales. Gracias a la Ley 22/2003, se supera la diversidad de instituciones según sea la insolvencia de un comerciante o un particular. Para la mayoría de autores, no existen motivos que justifiquen el diverso tratamiento de la insolvencia según el criterio aludido. Baste aquí

⁴⁶⁰ A este respecto, conviene señalar que existe un texto que estaba llamado a aprobarse en la anterior legislatura, el Anteproyecto de Código Mercantil, que no contemplaba en su ámbito normativo el Derecho concursal. El documento ha sido preparado durante varios años por la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Tal y como señaló el Presidente de la misma, el Profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., en la conferencia que pronunció en la Facultad de Derecho de Granada el día 25 de abril de 2013, el Derecho concursal queda fuera de dicho proyecto. Explicando los motivos de dicha exclusión: OLIVENCIA, M., “Ley Concursal y Código Mercantil (exclusión, coincidencias, remisiones y sustracciones), *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 1063-1065.

⁴⁶¹ MENÉNDEZ, que como se ha dicho anteriormente sí acepta la unidad legislativa como una característica del sistema concursal, señala que ésta debería alcanzar al Derecho concursal especial. De manera que incluso entre los defensores de las tesis que confieren tales atributos a la normativa relativa al concurso de acreedores, existen voces que no comprenden el sentido de las importantes excepciones en relación con entidades de crédito, aseguradoras, etc. *Vid.* MENÉNDEZ, A., “Hacia un nuevo Derecho concursal: su necesaria unidad”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 366.

⁴⁶² OLIVENCIA, M., “La terminología...”, *op. cit.*, pág. 148.

mencionar a algunos como: MENÉNDEZ⁴⁶³, señalando que *en la actualidad no parece que se pueda dudar seriamente de la falta de sentido que tiene la subsistencia de procedimientos aplicables solamente al deudor comerciante y procedimientos propios del deudor no comerciante. Así sucede tanto si se atiende al origen de la dualidad procedimental como si se contemplan sus consecuencias prácticas*; o VIGUERA RUBIO, que tras un análisis de corte histórico concluye que *las razones que aconsejan establecer un sistema de ejecución colectiva cuando el patrimonio no es bastante para satisfacer los créditos pendientes son las mismas sea cual fuere la naturaleza del deudor*⁴⁶⁴.

Las diferencias existentes con anterioridad a 2003 mantuvieron durante un tiempo su vigencia para agravar el castigo al comerciante mediante la figura de la quiebra, que hacía más riguroso el procedimiento. Sin embargo, la aparición de la suspensión de pagos como institución que venía a matizar las consecuencias de la insolvencia del comerciante (desapareciendo con ella la posibilidad de sanciones personales contra el mismo) hizo que la distinción perdiera su significado. Comenta esta evolución histórica GONZÁLEZ CANO⁴⁶⁵, recogiendo el mal uso que se había hecho de la diversidad de instituciones dentro del propio ámbito comercial: la suspensión de pagos y la quiebra se distinguían por la condición provisional o definitiva (respectivamente) de la insolvencia, sin embargo, el masivo recurso a la suspensión de pagos como procedimiento menos gravoso para el deudor terminó por desdibujar el sentido de este instituto, que se inició como una suerte de concurso con continuidad empresarial, para terminar siendo una antesala de la quiebra, de la insolvencia definitiva. Este proceso vino determinado, entre otros problemas, por un tardío control judicial de la situación de insolvencia, que se realizaba después de declarada la suspensión de pagos, siendo en muchas ocasiones la quiebra el instituto que correspondía dada la mala situación económica. De esta manera, la suspensión de pagos dejaba de cumplir su finalidad conservadora del patrimonio, acabando en una

⁴⁶³ MENÉNDEZ, A., “Hacia un nuevo Derecho concursal...” *op. cit.*, pág. 367.

⁴⁶⁴ VIGUERA RUBIO, J.M., “El Derecho Concursal...” *op. cit.*, pág. 831.

⁴⁶⁵ GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 32-34.

liquidación que no estaba precedida de todo un procedimiento previsto a tal efecto. Las disfuncionalidades eran por tanto evidentes.

En consecuencia, estamos ante un sistema que en este sentido no ha variado de forma tan repentina como parece. De hecho, fue la propia evolución de las normas la que acercó la insolvencia mercantil a través del tratamiento atenuado de la suspensión de pagos a la insolvencia civil; y tanto se acercaron, que el legislador decidió, en un ejercicio de coherencia, simplificarlo todo y fusionar todas las figuras. No se enjuicia aquí la pertinencia de regular la insolvencia del empresario y del particular con las mismas prescripciones, tan solo se dice que parece razonable, en vista de que los poderes públicos estaban acabando con la distinción entre uno y otro, simplificar la cuestión y regular ambos fenómenos de manera conjunta. La hipertrofia normativa no tiene mucho sentido si el resultado no es eficiente, si existen disposiciones que pueden ser eliminadas sin que esto tenga mayores efectos sobre la materia que se regula. Y realmente no tenía sentido mantener la diferencia entre la quiebra y el concurso civil una vez se había perdido la vertiente punitiva de aquélla, con una aplicación excesiva de la suspensión de pagos en un proceso de acercamiento del tratamiento jurídico-concursal, fuera cual fuese la naturaleza del deudor. Se trata de una idea que compartimos con OLIVENCIA⁴⁶⁶, que señala cómo la superación de la concepción punitiva del Derecho concursal ha cambiado radicalmente los procesos y medidas concretas⁴⁶⁷. Con el presupuesto subjetivo de la LCon –añade–, se va superar la dispersión habida en el ordenamiento anterior, sometiendo a todo deudor a la misma disciplina⁴⁶⁸.

De esta manera, sigue considerando el Profesor OLIVENCIA⁴⁶⁹ que la unidad de disciplina es la única manifestación de la unidad concursal a la que podemos arrogar

⁴⁶⁶ OLIVENCIA, M., *La terminología... op. cit.*, pág. 155.

⁴⁶⁷ OLIVENCIA, M., “Los principios...” *op. cit.*, págs. 15-17. A modo de ejemplo podemos decir que si antes la quiebra era declarada sin tan siquiera oír al deudor, o tal declaración conllevaba incluso el arresto del quebrado, en la nueva política jurídica se han limitado los efectos sobre el deudor, se ha eliminado la retroacción absoluta y la calificación ha dejado de ser obligatoria en todos los casos.

⁴⁶⁸ En nuestra opinión, la eficacia del presupuesto ha quedado en entredicho en lo que respecta, entre otros, al tema de la sociedad mercantil irregular y algunas excepciones consagradas legalmente (*vid.* Capítulo III.2.1).

⁴⁶⁹ OLIVENCIA, M., *La terminología... op. cit.*, Págs. 145 y ss.

la categoría de principio. En su opinión, mientras la unidad legal y la unidad de procedimiento son meros criterios ordenadores, en *hacer desaparecer la diferencia entre las instituciones de comerciantes y no comerciantes basada en el carácter represivo que merecía la insolvencia de los primeros*, existe una valoración normativa y por ende un criterio inspirador del contenido de las normas. El valor axiológico de esta idea, es puesto de relieve por el citado autor al entender el término “principio” en su sexta acepción⁴⁷⁰, es decir, como *norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta*. El contenido normativo del principio de unidad de disciplina lo convierte bajo esta óptica propiamente en un principio, siendo su incidencia sobre el procedimiento mucho más crítica que la de otras evocaciones de la tan citada unidad. Esta valoración, que sitúa la unidad de disciplina en una posición muy central dentro del “nuevo” ordenamiento concursal, debe atravesar no obstante algunas dificultades. La superación de un tratamiento diverso para la insolvencia de comerciantes y no comerciantes es además de una idea que promocionó la tramitación de la LCon, una aseveración que el articulado de la Ley debía reflejar. En este sentido, la doctrina que viene valorando a ésta por encima de otras vertientes del principio de unidad, ha sido pacífica en señalar que las excepciones a esa igualdad de tratamiento según la naturaleza del deudor no van a desvirtuar en ningún momento la idea principal.

A nuestro modo de ver la situación actual de la LCon y su aplicación, resulta complicado pensar que existe unidad de disciplina de manera efectiva si contamos con que existen en ella numerosas disposiciones que se aplican de manera diferente a quienes son comerciantes que a quienes no lo son. En el plano teórico ha sido posible establecer un principio general, cuya aplicación es más que dudosa si nos adentramos en la LCon. Es cierto que el análisis doctrinal sobre esta cuestión no ha obviado dichas excepciones a la regla general de igualdad, pero no se han planteado como una dificultad técnica para el reconocimiento del principio, sino como meras excepciones.

Cabe por tanto enumerar, al menos, algunas de estas diferencias. La importancia e implicaciones del proceso concursal para uno de los sujetos básicos de la actividad

⁴⁷⁰ Diccionario de la RAE, 22ª edición.

comercial, la sociedad, ya hemos tenido ocasión de analizarlas en un estudio anterior⁴⁷¹; aunque ahora no vamos a centrarnos en el ámbito societario sino que tratamos de demostrar que las diferencias en el trato concursal de deudores comerciantes (sea cual sea su forma) y no comerciantes, no permiten hablar de unidad de disciplina en los términos que se ha hecho en los últimos años.

Se registran diferencias en el procedimiento concursal con motivo de ciertas condiciones propias del comerciante. En primer lugar, la obligación de llevar la contabilidad, que solo rige para el comerciante⁴⁷² va a determinar algunas especialidades, por ejemplo, la presentación de ésta con la solicitud de concurso⁴⁷³ o la formulación de cuentas anuales durante el procedimiento que en caso de suspensión de facultades corresponde a la administración concursal⁴⁷⁴; además, el incumplimiento del deber de llevar ordenadamente la contabilidad puede repercutir en el desarrollo de la institución, al no permitir al deudor presentar una propuesta anticipada de convenio o bien, con la calificación del concurso como culpable⁴⁷⁵. Por su parte, el momento de la solicitud de concurso por parte del deudor contará con algunas exigencias adicionales para el comerciante, que deberá informar de sus actividades económicas⁴⁷⁶, oficinas, explotaciones, etc. También tendrá la condición de comerciante inscrito en el Registro Mercantil alguna implicación, como la obligatoria inscripción de la apertura del procedimiento y otras circunstancias propias del concurso como forma de publicidad⁴⁷⁷.

En este punto debemos ser rigurosos y señalar que realmente la Ley Concursal no habla de diferencias en virtud de la condición de comerciante del deudor. De hecho

⁴⁷¹ GARCÍA ESCOBAR, G. A., “El concurso de la sociedad”, *Derecho de sociedades y otros operadores del mercado* (coordinado por PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Granada, AVICAM, 2015, págs. 281-295.

⁴⁷² Artículo 25.1 C. de c.: “Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las Leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario”

⁴⁷³ Artículo 6.3 LCon.

⁴⁷⁴ Artículo 46.3 LCon.

⁴⁷⁵ Artículos 105.1 y 164.2 LCon.

⁴⁷⁶ Artículo 6.2.2º LCon.

⁴⁷⁷ Artículo 24.2 LCon.

huye de esta concepción señalando diferencias por razón de la obligación de llevanza de la contabilidad, o bien de inscripción del sujeto concursado en el Registro Mercantil. Pero siendo realistas, estas construcciones son eufemismos que describen las exigencias propias del estatuto jurídico del comerciante, y por ello aquí hemos preferido tratarlas como tal. En este sentido, existe otro gran grupo de diferencias entre comerciantes y no comerciantes en sede concursal, no obstante, no se aplicarán a todo comerciante sino solo a aquellos que desarrollen su actividad a través de la ficción de la personalidad jurídica, esto es, mediante una sociedad. De nuevo hay que señalar que el mecanismo de la personalidad jurídica es más amplio que la realidad societaria, sin embargo, en materia de concurso nos vamos a referir casi exclusivamente a aquellas personas jurídicas de gran relevancia en los mercados. Esta premisa va a permitir entender, no en todos los casos pero sí en su gran mayoría, que cuando la Ley Concursal se refiere a entidades con personalidad jurídica se está haciendo referencia a las sociedades, o sea, a los comerciantes que han adquirido cierta forma derivada de un acuerdo de voluntades (contrato de sociedad).

Ese régimen particular para las personas jurídicas cristaliza en los artículos 48, 48 bis, 48 ter y 48 quáter LCon, que recogen especialidades aplicables al concurso de la sociedad:

– La administración concursal tiene derecho de asistencia y voz en las sesiones de los órganos colegiados, siendo necesaria su autorización o confirmación para que la toma de decisiones de contenido patrimonial sea eficaz.

– El Juez del concurso puede acordar que el cargo de administrador de la sociedad deje de ser retribuido, o disminuya su retribución.

– El Juez puede atribuirle a la administración concursal, siempre que se encuentren afectados los intereses patrimoniales de la persona jurídica concursada, el ejercicio de los derechos políticos que correspondan a ésta en otras entidades.

– La administración concursal es la única legitimada para el ejercicio de la acción contra el socio, administrador, auditor o liquidador personalmente responsable por las deudas de la sociedad, que sean anteriores a la declaración de concurso; así como la reclamación, en el momento y cuantía que estime conveniente, del desembolso

de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas; y el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores.

– Si el Juez así lo estima podrán embargarse los bienes de administradores, liquidadores o apoderados generales (que lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso) cuando, dada su actuación, haya posibilidad de que éstos sean condenados a pagar a los acreedores no satisfechos tras la liquidación; y también de los socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso.

Pero no terminan ahí las implicaciones de la personalidad jurídica en el ámbito concursal. El desarrollo de una actividad económica a través de un tipo societario conlleva también otras singularidades que se enfocan de forma menos concreta:

– Representación de la voluntad social: La sociedad, como ente jurídico creado por el ingenio del ser humano, tiene caracteres especiales para expresar su voluntad. El conjunto de contratos, patrimonio y en general factores de producción que forman una empresa bajo una forma societaria, no puede *per se* organizarse pues no tiene capacidad de razonar y decidir. Sin embargo, para hacer operativas a estas entidades el ordenamiento ha previsto distintos órganos dentro de la sociedad que van a representar el interés y la toma de decisiones de la misma. En este sentido, el órgano de administración (unipersonal o colegiado, según el caso) va a encarnar dicho interés expresando la voluntad de la sociedad en el día a día de ésta. En materia concursal, resulta imprescindible que se dé este mecanismo porque al tratarse el concurso de una institución que opera bajo el principio de rogación, esto es, que solo se activa a instancia de parte, requiere de una solicitud de declaración al Juez. Esta solicitud puede venir de algún acreedor, no obstante, para el deudor resulta una obligación contenida en el artículo 5 LCon (“El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia”). Por tanto, la expresión de la voluntad de la sociedad a través de su órgano de administración es fundamental en diferentes aspectos del concurso: para cumplir una obligación legal, la solicitud de declaración de concurso, cuyo incumplimiento determina una falta de diligencia del administrador de la sociedad; para expresar la

postura tomada por el deudor/sociedad cuando se solicita el concurso por parte de un acreedor (allanarse, guardar silencio, oponerse, etc.); o bien en otras cuestiones también de gran calado como la negociación de un convenio para llegar a la deseada solución pactada del procedimiento concursal, que solo puede darse con el acuerdo de los acreedores y el deudor.

– La liquidación implica la extinción de la personalidad. En principio, la persona jurídica sobrevivirá a la declaración de concurso, al menos eso se intenta a través del convenio (solución pactada). No obstante, la realidad se impone en este punto ya que según las estadísticas la gran mayoría de procedimientos concursales acaban en la liquidación del patrimonio del deudor. La fase de liquidación para un concursado persona física no supone el fin de su personalidad pues sigue manteniendo las características que otorgan tal condición. Sin embargo en el caso de las personas jurídicas y las sociedades en particular, la liquidación es motivo de disolución de la misma. Tiene sentido esta prescripción contenida en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (artículo 361) ya que, una vez la sociedad queda inútil como agente del mercado, su existencia no tiene ningún objetivo y por tanto no es necesario mantener la ficción jurídica de la personalidad de aquélla si no revierte en ningún provecho para el tráfico comercial. Cuando el patrimonio de una empresa se ha reducido a cero con motivo de la liquidación de sus deudas en un contexto de insolvencia, tiene por tanto lugar la disolución de la misma, que pierde su personalidad jurídica y deja de existir.

Finalmente, encontramos además de otras diferencias de corte más procesal y que la doctrina ha tenido ya ocasión de señalar⁴⁷⁸, un elemento que realmente va a determinar la ineficacia parcial del principio de unidad de disciplina concursal: el principio de conservación de la empresa. Más tarde tendrá lugar el análisis pormenorizado de este axioma concursal bastando en este momento decir que se trata de un principio que inspira el procedimiento, pero que por definición solo puede aplicarse a la insolvencia de un comerciante. La solución pactada al problema económico del deudor que cae en concurso solo puede suponer la conservación de la actividad económica en el caso de que el deudor sea un comerciante o un profesional, puesto que

⁴⁷⁸ OLIVENCIA, M., *La terminología... op. cit.*, págs. 155 y ss; OLIVENCIA, M., “Los principios...” *op. cit.*, págs. 20 y ss.

el patrimonio en juego es aquél que le sirve para seguir desarrollando esa actividad. No podemos hablar de la conservación de la empresa en el concurso de un asalariado ya que no hay actividad económica que conservar. Se trata de un principio que intenta proteger al comerciante, a la actividad económica desarrollada al entender que la destrucción de empresas es una lacra para la pervivencia de la economía de mercado. De esta forma, la conservación de la empresa ha basado muchas normas de la Ley Concursal de 2003, aun siendo un paradigma que como vemos solo puede aplicarse al sujeto comerciante (o similar). Y no acaba ahí, en la búsqueda de un sistema concursal todavía más protector de los agentes económicos que ofrecen bienes y servicios, ha supuesto este principio uno de los motores de las múltiples reformas de la LCon. De manera que esas nuevas normas tienen su motivación en el intento de encontrar un mejor tratamiento jurídico de la insolvencia mercantil y no de los particulares, cuyo régimen ha sido asimilado en una forzosa unificación que no ha respondido a las necesidades de este tipo de sujetos, sino a la coyuntura legislativa.

Las diferencias se han dejado ver en numerosos ámbitos. De hecho el tratamiento diverso está presente tanto en la supervivencia del sujeto concursado como en la “muerte” del mismo, que es consecuencia obligatoria tras la fase de liquidación si hablamos de una sociedad, no lógicamente si se trata de una persona física. DOMÍNGUEZ CABRERA llega incluso a expresar que la aplicación de la Ley parece estar destinada a un tipo de deudor, el empresario persona jurídica. Acoge la teoría de que la filosofía que inspira la norma tiene como punto de referencia al empresario de dimensión considerable⁴⁷⁹. En nuestra opinión, esta circunstancia, que es clara para cualquiera que se acerque a la Ley Concursal, tiene un efecto indudablemente negativo sobre el concepto de unidad de disciplina ya que no puede mantenerse de forma plena.

Por todo ello opinamos que, aunque queda patente la unidad en esta vertiente (unidad de disciplina) más que en cualquier otra, el principio subsiste solo de manera parcial al existir numerosas diferencias de diversa índole en el trato concursal del deudor civil con respecto al deudor comerciante. Algunas de ellas derivan de ciertas obligaciones como la contabilidad, o de determinadas formas como la societaria; pero en definitiva se trata de demasiadas excepciones a una supuesta regla general, que en

⁴⁷⁹ DOMÍNGUEZ CABRERA, M. P., “La posición jurídica del consumidor insolvente”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 25, 2012, pág. 98.

nuestra opinión de forma loable aunque quizá utópica ha tratado de homogeneizar situaciones que no encontraban un raíz común para dicha operación.

4. Unidad de procedimiento

La vertiente procedimental fue la menos pacífica en la génesis de la unidad concursal. Pese a la oposición a ésta sus detractores cedieron, entre otros, gracias al ejemplo de la *InsO* alemana de 1994⁴⁸⁰. Pero, ¿qué significa la unidad de procedimiento? Con la adopción de este modelo, la regulación actual elimina la diferencia entre procesos preventivos y resolutivos; tan solo existe ya proceso concursal, que se sustancia en dos fases. La primera de ellas es común a todo deudor y contiene las instituciones jurídicas más interesantes para el desarrollo de este estudio, se trata de un diagnóstico y evaluación de la situación; mientras que la segunda fase –de solución– es alternativa, de convenio o liquidación, según corresponda en cada caso. La Ley Concursal en un principio optó por la idea de acaparar todo dentro del concurso, no permitiendo la solución extrajudicial entre deudor y acreedor. Se entendía entonces que el sentido común imponía esta prescripción pues, si se llega a la ejecución universal del insolvente estamos ante un deudor que no podrá hacer frente, al menos en el corto plazo, a todos sus créditos, pudiendo la solución extrajudicial suponer la elección o la influencia de quien ha gestionado negligentemente su patrimonio sobre la identidad de los acreedores que verían satisfechas sus pretensiones (y por tanto también sobre quiénes quedarían impagados).

El principio de unidad en el ámbito del procedimiento supone la consideración de un nuevo proceso civil de carácter especial pensado y estructurado para dar respuesta y sustanciar las situaciones de insolvencia patrimonial⁴⁸¹. La eliminación del binomio proceso preventivo/proceso resolutivo tuvo como consecuencia directa la creencia en un nuevo Derecho concursal como un procedimiento de *tinte sanatorio*⁴⁸², esto es, cuyo objetivo será el reflatamiento de sujetos insolventes a través de soluciones pactadas al problema. Para ello se optó desde un primer momento por un proceso fuertemente

⁴⁸⁰ OLIVENCIA, M., *La terminología... op. cit.*, pág. 146.

⁴⁸¹ GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento... op. cit.*, pág. 38.

⁴⁸² GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento... op. cit.*, pág. 35.

reglado e intervenido por el órgano judicial. La judicialización del procedimiento concursal ha sido una de las señas de identidad del proceso tras la promulgación de la LCon como pone de relieve CORTÉS DOMÍNGUEZ⁴⁸³, que va más allá para señalar que en la Ley no se encontraban mecanismos de prevención de la insolvencia ya que la prevención era una actividad que no cabía en un procedimiento de corte judicial.

El reconocimiento de esta unidad procedimental no estuvo reñido con la crítica de parte de la doctrina⁴⁸⁴ por la falta de previsión del legislador, al no crear cauces extrajudiciales para llegar a acuerdos al margen de la sede judicial y dar solución al problema de la insolvencia. Como hemos tenido ocasión de analizar en el tedioso y continuado proceso de reforma del Derecho concursal español en los últimos años, éstas quejas han sido escuchadas y corregidas por los poderes públicos. La introducción de los institutos preconcursales y de las soluciones extrajudiciales a la insolvencia ha sido el eje sobre el que han pivotado la práctica totalidad de normas modificadoras de la LCon. La llegada de estos institutos jurídicos sin embargo, parece no haber empañado la unidad procedimental, que no ha sido cuestionada a pesar de la aparición de estos nuevos cauces procedimentales para ventilar la insolvencia del deudor⁴⁸⁵.

No obstante, la postura que se va a mantener aquí tiende a negar esta unidad procedimental en base a: por un lado la degradación del proceso debido a la nueva disciplina de los institutos preconcursales; y por otro las diferencias que la propia Ley 22/2003 estableció en un primer momento entre el procedimiento ordinario de concurso y el procedimiento abreviado; así como al hecho indiscutible de que existen dos vías bien diferenciadas para finalizar el concurso, rompiéndose así la unidad del mismo. Aunque hay que decir que la doctrina mayoritaria tampoco mantiene esta tesis, al contrario, califica las circunstancias anteriores como una mera introducción de criterios

⁴⁸³ El autor expresa la exagerada *vis attrativa* del proceso concursal, a través de lo que denomina un *laberinto de procesos declarativos* con referencia a la nueva doctrina del incidente concursal. Pone de ejemplo de la liquidación de la sociedad de gananciales, operación que se tramitará con respecto a un deudor insolvente, dentro del propio proceso concursal. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Los Juzgados de lo Mercantil...” *op. cit.*, págs. 90-92.

⁴⁸⁴ Por todos, GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento...* *op. cit.*, pág. 37.

⁴⁸⁵ La unidad de procedimiento es confirmada incluso tras la aprobación de varias reformas, entre otros, por: PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo...” *op. cit.*, pág. 150.

de flexibilidad⁴⁸⁶ y agilización de trámites para concursos de poca entidad. Trayendo aquí la opinión de GADEA⁴⁸⁷, no se podría confundir la unidad de procedimiento con la igualdad de éste, de manera que el procedimiento abreviado cobraría sentido al introducir una flexibilidad necesaria, sin romper por consiguiente, la unidad de procedimiento.

Aun así, no nos convence la idea de un procedimiento concursal único en relación con la LCon. No podemos aceptar esa premisa, al menos sin formular algunas reservas que ya se han adelantado. Entre ellas destacan:

– A pesar de existir una fase común, cuyo contenido es igual para todos los deudores, la terminación del proceso se da tras una fase alternativa, que determinará la orientación del concurso de manera que el procedimiento deja de ser único al bifurcarse hacia la solución pactada (convenio) o la liquidación. Incluso, el devenir del concurso puede provocar que en lugar de un procedimiento dividido en dos fases sucesivas, el concurso tenga una o tres fases. Una única fase tendría lugar con la aprobación durante la fase común de un convenio anticipado⁴⁸⁸; mientras que se suceden las tres fases: común, de convenio y de liquidación, cuando el convenio no tiene éxito o no se presentan propuestas.

– Las entidades financieras, aseguradoras y de servicios de inversión tienen un régimen concursal (Derecho concursal especial) que cuenta con determinadas especialidades incluso en su vertiente procedimental. Como muestra, podemos destacar la especial calificación de determinados créditos, ya sea otorgándoles algún privilegio o modificando la prelación interna de alguna de las categorías (lo que sucede por ejemplo

⁴⁸⁶ Reconociendo la flexibilidad del proceso u otros matices que a su juicio no rompen con la unidad procedimental: ROJO A. y BELTRÁN, E., “Regulación jurídica...” *op. cit.*, págs. 505-507; y con anterioridad a la introducción en el sistema de los institutos preconcursales, OLIVENCIA, M., *La terminología...* *op. cit.*, págs. 169-170.

⁴⁸⁷ GADEA, E., *Iniciación...* *op. cit.*, págs. 42-43.

⁴⁸⁸ La propia posibilidad de suscribir un convenio anticipado podría poner en entredicho la unidad del procedimiento concursal.

con la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión)⁴⁸⁹.

– Con la promulgación de la Ley Concursal, se acompañó al procedimiento ordinario de un procedimiento abreviado por cuestiones de economía procesal para los concursos de menor entidad, *lo cual supone admitir claramente la existencia de una dualidad de procedimientos*⁴⁹⁰.

– La irrupción de los llamados institutos preconcursales en el escenario jurídico-insolvente ha sido producto de un esfuerzo legislativo sin precedentes, que ha supuesto el establecimiento de un abanico de posibilidades (acuerdos de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos) paralelas y alternativas al proceso judicial de concurso. En este sentido, el tratamiento jurídico de la insolvencia ha multiplicado los cauces por los que se sustancia, con nuevos institutos jurídicos que en nada se parecen al proceso ordinario. Incluso, interactúan y distorsionan las reglas procesales propias del concurso. Por ejemplo, el acuerdo extrajudicial de pagos introducido por la Ley de emprendedores caracteriza una institución cuyo fracaso va a conllevar –como hemos destacado en el epígrafe correspondiente– especialidades procedimentales; éstas se concretan en el paso directo a la fase de liquidación de forma necesaria. En este caso conviven la fase común y la de liquidación con el llamado concurso consecutivo. Se trata de una de las novedades en materia de procedimiento –una de las más relevantes– que los institutos preconcursales han aportado.

Por todo ello, entendemos que la unidad de procedimiento se degrada con tantas excepciones y ponemos en duda que por mucha flexibilidad que tenga el concepto, pueda estirarse tanto sin quebrar. Sin embargo no es una postura que haya gozado de un

⁴⁸⁹ Sobre estos regímenes especiales, entre otros, *vid.*: PÉREZ TROYA, A., “Las especialidades concursales de las entidades de crédito ante la crisis financiera”, *Anuario de la Facultad de Derecho–Universidad de Alcalá*, nº3, 2010, págs. 241-259; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., “El proceso de reestructuración de las entidades de crédito en el Real Decreto–ley 9/2009, de 26 de junio”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 115, 2009, págs. 227-235; VALENZUELA GARACH, F., “La Ley Concursal española de 9 de julio de 2003 como guía legislativa para el tratamiento de las crisis de las entidades financieras”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo V, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 5739–5821.

⁴⁹⁰ OTERO LASTRES, J. M., “Reflexiones sobre el principio de unidad en la nueva Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 422.

amplio refrendo doctrinal, siendo pocos los autores que apoyan esta tesis. Entre ellos se encuentra VÁZQUEZ SOTELO, que en los primeros momentos de la LCon describía el sistema con la expresión: *dualidad de procedimientos*. Refiriéndose a la existencia de un procedimiento ordinario y otro abreviado para los casos de menor entidad, concluía que la Ley había optado por duplicar la vertiente procesal de la institución y así adaptarla mejor a las necesidades de cada concurso⁴⁹¹. Por tanto esta dualidad no tiene por qué verse como un error sino que puede caracterizar un sistema concursal eficaz. Desde nuestro punto de vista lo chocante es la falta de manifestaciones de este tipo y, sobre todo, la falta de discusión acerca de la unidad procedimental de la norma.

5. Verdaderas manifestaciones del principio de unidad

Dados los problemas comentados para admitir como satisfechos ciertos objetivos de la Ley Concursal de 2003, es obligada la búsqueda de otros campos en que la acción del legislador ha vencido las dificultades para establecer un sistema unitario. En nuestra opinión, el pretendido principio de unidad de la LCon no se ha dejado ver en los ámbitos en que cabía esperarse, sino en otros relacionados.

La concepción del sistema concursal como un régimen que se asienta en la triple unidad expresada arriba, es una opinión plausible y compartida por la mayoría de la doctrina. No obstante, como también se ha señalado, parte de algunos presupuestos que no son del todo exactos a nuestro modo de ver, aunque introduzcan los elementos necesarios para el análisis de la Ley Concursal. Desde nuestro punto de vista, la triple unidad que al parecer introdujo la reforma de 2003 no es tal, y aunque se trate de una opinión minoritaria, sí que existen algunos autores que desarrollan argumentos similares a los aquí mencionados. Entre ellos destaca el Profesor OTERO LASTRES⁴⁹², que señala con gran acierto dos grandes grupos de manifestaciones en los que se da el

⁴⁹¹ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La situación caótica y laberíntica de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal”, *La nueva Ley Concursal*, San Sebastián, Instituto vasco de Derecho procesal, 2004, págs. 16-17.

⁴⁹² OTERO LASTRES, J. M., “Reflexiones sobre el principio de unidad en la nueva Ley Concursal”, *Aspectos de la nueva Ley Concursal –concursos, créditos, administradores, jueces–* (dirigido por: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., OTERO LASTRES, J. M. y ROGEL VIDE, C.), Madrid, Reus, 2004, págs. 11-31; y “Reflexiones sobre el principio de unidad en la nueva Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 414-426.

principio de unidad de la LCon: en el primero de ellos recoge aquellos ámbitos en los que aquel se da de manera inequívoca (denominación, presupuesto objetivo y jurisdicción); mientras que en el segundo aparecen aquellos ámbitos en los que el principio de unidad tiene menor alcance y que coinciden con los señalados por el resto de la doctrina (unidad legislativa, unidad de disciplina y unidad de procedimiento).

Así, y siempre desde nuestra óptica, quedarían al descubierto las falsas atribuciones que se han hecho a la legislación concursal que se inició en 2003, y que tienen su sustento en la Exposición de Motivos de la LCon, donde se propugna la unidad del sistema de una forma errónea. No parece consecuente con un análisis jurídico riguroso calificar una Ley por su Exposición de Motivos, en vez de por su contenido; con ello, se estaría cayendo en algo similar a calificar un contrato por su encabezado en lugar de estudiar el clausulado del mismo. El Profesor OTERO LASTRES lleva a cabo un coherente estudio, aislando aquellos aspectos en los que el principio de unidad tiene una efectividad real. Sin embargo, aquí se intenta dar un paso más, señalando que las manifestaciones doctrinalmente aceptadas de este principio no son reales, negando que se trate de aspectos en los que la unidad, como característica, tiene cierto grado de implantación. Por tanto, la propuesta que se realiza concuerda parcialmente con el citado autor. En concreto, se admite la consideración del sistema como unitario en cuanto a su denominación y a su vertiente jurisdiccional –aspectos que se analizan a continuación–, no ocurriendo así con el presupuesto objetivo ni con los ámbitos clásicamente reconocidos (legal, disciplina y procedimiento).

La doctrina tiene un importante papel de interpretación, de manera que si concedemos a través de la hermenéutica una característica al sistema concursal que desde luego no tiene dada la literalidad de sus prescripciones, el resultado es inseguridad jurídica e ignorancia, pues no sabremos ni tan siquiera qué pretenden las reglas que ordenan nuestra convivencia. Siendo la unidad una característica exhaustiva por definición, parece mucho más correcto hablar de una simplificación del sistema concursal, de un esfuerzo encomiable por dotar al ordenamiento de operatividad al

mejorar su comprensión y su sistemática. Y si queremos ver unidad en relación al concurso, ésta tan solo se da de forma real en los dos ámbitos⁴⁹³ señalados.

5.1. Unidad de denominación

a) Terminología

Queda claro que la única figura posible en el tratamiento jurídico de la insolvencia es el concurso (¿de acreedores?). El esfuerzo de los poderes públicos por dotar de unidad al sistema tiene su reflejo formal en una unidad terminológica; ya no se habla de quiebra o suspensión de pagos, tan solo existe el concurso de acreedores pese a que la Ley Concursal no adopta el concepto “concurso de acreedores”, sino que opta por “concurso”, de forma simplificada⁴⁹⁴. Por tanto, utilizar la expresión concurso de acreedores no es preciso y desde luego no es el término que la LCon ha querido emplear. No obstante, inexplicablemente algunos pasajes de la norma hacen uso de la expresión⁴⁹⁵, pese a que la práctica totalidad de la LCon se refiere a la institución del concurso, sin otros adjetivos.

La explicación a esta elección se encuentra en la Exposición de Motivos de la Ley, cuando dice que el nombre elegido para denominar a este procedimiento es “concurso”, recogiendo la terminología histórica utilizada por importantes autores españoles a los que ya hemos hecho referencia (RODRÍGUEZ, A. y SALGADO DE SOMOZA). De ésta se dice que “pasó al vocabulario procesal europeo y que, por

⁴⁹³ Aquí se disiente con OTERO LASTRES en lo relativo a la “unidad de presupuesto objetivo”, que sacamos de este grupo de ámbitos en los que se refleja con todo rigor el principio de unidad contenido en la normativa concursal, puesto que se trata de un elemento que está más relacionado con la posibilidad de recurrir a la figura del concurso de acreedores que con la caracterización del mismo. Además, el concepto de insolvencia inminente puede complicar el estudio del presupuesto objetivo en clave unitaria.

⁴⁹⁴ Atrás quedan otras denominaciones como “quiebra”, con la que se identificaba más la vertiente económica de la insolvencia; ahora sin embargo el término concurso pone el énfasis en el aspecto judicial o procesal. *Vid.* OTERO LASTRES, J. M., “Reflexiones sobre...” *op. cit.*, pág. 14.

⁴⁹⁵ Además de las menciones en la Exposición de Motivos, en la redacción original de la LCon se usaba el término concurso de acreedores en los siguientes artículos: 18, 22, 105 y 183. Tras las reformas habidas en la Ley, en lugar de corregirse dicha utilización, que consideramos una desviación del término reconocido legalmente, las menciones al mismo se han aumentado. Si bien se ha eliminado del artículo 105, la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos lo ha incorporado a los artículos 231, 236 y 238 LCon.

autonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común”. La intención según la exposición de motivos es doble: tanto rescatar el vocablo clásico, como el uso del mismo para denominar el nuevo paradigma unificador del Derecho concursal.

b) Posición del Profesor Olivencia

Habiéndose citado ya a las primeras voces que disertaban sobre la “unidad de denominación” en el nuevo Derecho concursal, se debe hacer una nueva revisión doctrinal. Destaca la posición de OLIVENCIA, que en su obra *La terminología jurídica de la reforma concursal* ha desarrollado con mayor profundidad de lo que ningún autor ha hecho hasta ahora, la cuestión de la denominación del instituto que estamos estudiando. En concreto, se dedica con una importante extensión a la unidad terminológica o de denominación⁴⁹⁶. Por ello parece conveniente analizar sin recurrir a su cita constante, su posición con respecto al tema.

No obstante, se debe señalar que partiremos de premisas diferentes. Aunque compartamos y valoremos este juicio sobre la unidad de denominación, a diferencia del autor de referencia no pensamos que ésta sea una exigencia de la efectiva unidad de procedimiento. En este mismo trabajo hemos señalado las causas y razones que no permiten a nuestro juicio admitir pacíficamente la unidad procedimental del Derecho concursal español. En este caso, al no darse unidad procedimental, entendemos que la unidad de denominación es una característica autónoma y no una consecuencia de aquélla, que se da como cristalización del pretendido proceso de simplificación de esta rama del Derecho. No combatimos la idea de que la unidad de procedimiento exige la unidad de denominación, simplemente creemos que en este caso se ha llegado a una terminología unitaria sin que su reflejo fáctico pueda permitir hablar con carácter general de unidad del procedimiento concursal.

Sobre el empleo del término “concurso” para denominar la institución y el procedimiento que habrían de solucionar el problema de la insolvencia ha habido intensos debates. La recuperación de esta denominación no ha sido sencilla, habiendo sufrido dicha elección diferentes críticas por parte de sectores que hubieran preferido

⁴⁹⁶ OLIVENCIA, M., *La terminología...*, *op. cit.*, págs. 171-207.

mantener los términos quiebra o suspensión de pagos en virtud de motivos de continuidad, comprensión, etc. Particularmente importante ha sido la discusión sobre la inclusión de la locución “de acreedores” en la denominación. Como hemos destacado, a pesar de decantarse el legislador por recuperar solo parcialmente un nombre cargado de historia, y que aludía a un procedimiento propio del sistema concursal anterior a 2003, en algunos pasajes de la Ley insólitamente se puede leer “concurso de acreedores”, refiriéndose a la figura reinventada por la propia norma con el nombre de concurso.

De hecho, en el proceso de génesis de la LCon, se mantuvieron posiciones contrarias a la palabra concurso como nuevo elemento identificador de la figura que daría tratamiento jurídico a la insolvencia. Entre ellas, destacan algunas institucionales como la expresada por el Consejo de Estado en su Dictamen de 21 de marzo de 2002⁴⁹⁷. En él, se califica la denominación otorgada por el entonces Anteproyecto de Ley Concursal como escueto y falto de expresividad. Además el órgano consultivo determina que el término simplificado puede dar lugar a confusiones por su polisemia, ya que identifica realidades diferentes tanto fuera como dentro del ámbito jurídico. Así, en Derecho aparece la denominación escogida por la LCon para referirnos a la provisión de puestos de trabajo de la función pública, a la concurrencia de distintas normas o tipos penales bajo una acción, a otros procesos de adjudicación en materia de contratación, etc. Sin embargo, no se siguieron las recomendaciones de este dictamen, evitando la LCon la inclusión de la denominación clásica con la locución “de acreedores”; seguramente en un intento de huir –aun recogiendo el término tradicional– de las connotaciones históricas de ésta, relacionadas con la insolvencia civil. La intención del legislador ha sido recuperar un viejo término, a la vez que lo convertía en el símbolo de un nuevo sistema concursal, libre de las cargas de concepciones pasadas pero próximas en el tiempo. Para ello, la decisión fue evitar la réplica total, fundando pese a las críticas, una institución que recibe el nombre de concurso, sin más apelativos⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ CONSEJO DE ESTADO, “Dictamen núm. 65/2002, de 21 de marzo de 2002”, *Doctrina Legal* (Sección Segunda), Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2002, págs. 105-106.

⁴⁹⁸ Aunque durante la tramitación de la norma fueron presentadas numerosas enmiendas que utilizaban la expresión “concurso de acreedores”, no hubo ninguna que tuviera el objetivo directo de reformar el nombre de la institución con la inclusión de la locución “de acreedores”. Para una revisión exhaustiva de las mismas, *vid.* OLIVENCIA, M., *La terminología...*, *op. cit.*, págs. 183-187, nota 149.

Por su parte el adjetivo concursal, que tiene para OLIVENCIA un claro origen italiano –*concorsuale*–, además de dar nombre a la Ley española, tanto en nuestro idioma como en su traducción a otros (alemán, italiano...), denomina la rama del Derecho dedicada al tratamiento de la insolvencia. Aunque haya diferentes concepciones de esta disciplina, se mantiene la terminología. Por ejemplo, existiendo en Italia diferentes procedimientos colectivos en relación a la insolvencia (*fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa*, etc.), el adjetivo concursal se refiere genéricamente a todos ellos; mientras que en España, que solo hay una denominación posible en este tipo de procesos, el calificativo identifica al procedimiento de manera singular. Precisamente su extensión a diferentes países y su versatilidad, que le permite referirse tanto a un procedimiento particular como a un conjunto de reglas cuya aplicación es diversa según la naturaleza del sujeto insolvente, convencieron al legislador español a optar por el término concurso en su empresa unificadora del Derecho de la insolvencia. Su uso se ha extendido de tal modo que acompaña a cualquier elemento del procedimiento: a los órganos, al sistema, a los administradores, a los créditos o a la propia institución, entre otros.

Las implicaciones del término han ido multiplicándose con la aplicación del mismo. En esta denominación se encierran diferentes significados que van a resultar ser algunas de las características principales de todo el sistema de respuesta jurídica ante la insolvencia del deudor común. Dice OLIVENCIA que el concurso es pluralidad, colectividad, comunidad y consorcio:

– Desde luego que concurso en cualquiera de sus acepciones relacionadas con la insolvencia requiere una *pluralidad* de acreedores y un deudor común. No existirían reglas concursales de no haber más de un acreedor a quien satisfacer. En caso contrario, la ejecución se rige por otro tipo de reglas, más generales sobre el cumplimiento de obligaciones. No podemos olvidar que el proceso concursal se aplica precisamente ante la ineficacia de un derecho genérico no pensado en situaciones de insolvencia, esto es, que no permita la satisfacción de los créditos que diferentes personas tienen con respecto al deudor. Si no hay pluralidad no hay concurso; si no hay entre quien repartir, no hay nada que ordenar y por tanto no se necesitan reglas concursales. Aunque no sea un requisito legalmente establecido, las alusiones al deudor común y el propio sentido de la norma nos hace combatir la posibilidad de un concurso con un solo acreedor.

– *Colectividad* es una palabra que va más allá de la pluralidad, y es que la aplicación del proceso va a producir que deje de haber diversas deudas yuxtapuestas para integrarse todo el activo y todo pasivo del insolvente en torno a dos masas. Existe por tanto una colectivización, que es la nota verdaderamente distintiva del concurso como institución que transforma el Derecho de obligaciones común ante situación especial.

– El concurso como *comunidad* es una expresión que se refiere a la finalidad del proceso concursal, entendiéndose que existe un interés común por encima de la satisfacción aislada de cada uno de los acreedores y que se afecta a la continuidad de la empresa o la posición de los trabajadores –entre otros–. Si bien esta cuestión del interés concursal es muy compleja y requiere mayor análisis⁴⁹⁹, podemos decir que el concurso como comunidad es un axioma que podría reflejarse, por ejemplo, en la forma de expresarse la pluralidad de acreedores, a través del principio de la mayoría (como una comunidad).

– El *consorcio* al que se hace referencia es la participación en las pérdidas. Se trata de transmitir una idea que se viene adivinando poco a poco: si el concurso es la sustitución de lo individual por lo colectivo ¿qué es lo que se colectiviza en una situación de insolvencia? La respuesta es sencilla, las pérdidas. La denominación “concurso” es el disfraz jurídico de un procedimiento que traduce la incapacidad económica de un deudor para hacer frente a sus acreedores en un sacrificio para éstos últimos. No obstante, se imponen las reglas que van a delimitar este sacrificio tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo. La participación en la pérdida se articula a través del principio de la *par conditio creditorum* que es objeto de un capítulo propio de nuestra investigación. No obstante, y aquí disintimos con el Profesor OLIVENCIA, pensamos que el concepto de consorcio inherente al término concurso debería revisarse, pues tal y como se ha configurado el sistema concursal español: con sus privilegios, excepciones, institutos preconcursales, etc., entendemos que queda desvirtuado. Su

⁴⁹⁹ El interés concursal, siendo un concepto fundamental en nuestro sistema, no ha sido objeto de numerosos estudios dedicados en exclusiva a su conceptualización. Destaca: TIRADO MARTÍ, I., “Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal» (ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”, *Anuario de Derecho civil*, Volumen 63, nº 3, 2009, págs. 1055-1108.

reformulación, cuestión que trataremos más adelante, parece recomendable. Baste aquí comprender la idea de que en Derecho concursal lo común se impone a lo individual, sobre todo en cuanto a las pérdidas que son consustanciales al estado de insolvencia.

5.2. Unidad jurisdiccional

Se trata de un elemento que suele ser entendido como una manifestación de la unidad de procedimiento. En este sentido, y como sucedía con la cuestión de la denominación, si bien sería una consecuencia necesaria de la unidad de procedimiento, no reconociéndose ésta entendemos que se trata de una característica autónoma.

La imposibilidad de que una situación concursal se tramite en dos órganos jurisdiccionales diferentes en base a criterios funcionales o de especialización –entre los que cabría imaginar la condición de comerciante o no comerciante del insolvente–, caracteriza en nuestra opinión la unidad jurisdiccional como un elemento propio, que está más relacionado con la competencia del Juez que con otras cuestiones de naturaleza procedimental (siendo la competencia judicial una de éstas, pero no la única).

Esta unidad jurisdiccional se hizo realidad a través de la creación de los Juzgados de lo Mercantil –siguiéndose una tendencia que se detecta en el Derecho comparado, de creación de tribunales especializados en la materia⁵⁰⁰–, a los que se les

⁵⁰⁰ En concreto llama la atención el desarrollo, muy particular, del modelo estadounidense, de cuyo estudio se ha encargado el Profesor HIERRO ANIBARRO, que señala de un lado el escaso tratamiento por parte de la doctrina de una cuestión tan importante en el análisis de la Ley 22/2003 como la creación de los Juzgados de lo Mercantil (idea que compartimos, dedicando un epígrafe a la misma) y de otro, el evidente interés en el estudio de la jurisdicción concursal estadounidense, donde el Juez del concurso *ha pasado a ser de un auxiliar de la organización judicial federal a convertirse en un tribunal especializado en materia concursal*. HIERRO ANIBARRO, S., “Estudio de una jurisdicción conflictiva. Los tribunales concursales de Estados Unidos de América”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 748; “Los problemas de constitucionalidad de la jurisdicción concursal de los Estados Unidos”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 4, 2006, pág. 415. Describe el autor los principales problemas de constitucionalidad de la jurisdicción concursal americana. En España, sobre estos posibles problemas de constitucionalidad en la creación de los Juzgados de lo Mercantil, han sido analizados (concluyéndose que responde a las exigencias de los artículos 24.2 y 117.3 CE) por: FONT GALÁN, J. I., MIRANDA SERRANO, L. M., PAGADOR LÓPEZ, J. y VELA TORRES, P. J., “Derecho concursal y Constitución económica. Sobre la constitucionalidad y régimen de *cierre judicial de la empresa* y de otras cuestiones concursales”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 193-194.

otorgó jurisdicción exclusiva y excluyente en determinados temas –entre ellos el concurso– con el objetivo de terminar la dispersión judicial propia de épocas pasadas, cuando un mismo proceso concursal estaba fragmentado en varias piezas que eran conocidas por Jueces de distintos órdenes. Ante estos vicios de corte procedimental tan claros, la reforma del sistema introducida por la LCon trató de poner orden, entre otros campos, en la cuestión jurisdiccional. Para ello se crearon los Juzgados de lo Mercantil, que aglutinan competencias no solo relacionadas con la insolvencia, aunque es innegable que su génesis está ligada al proceso concursal. Tanto es así que su creación viene dada por la LORC, que modifica introduciendo un nuevo artículo 86 bis la LOPJ y establece en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, uno o varios Juzgados de lo Mercantil.

Los Juzgados de lo Mercantil no implican en ningún caso el establecimiento de una jurisdicción especial –prohibida por la Constitución en su artículo 117–, sino la especialización de determinados órganos jurisdiccionales dentro del orden civil. Este proceso de especialización se ve apoyado por una doble circunstancia: la amplia variedad de materias que quedan bajo su competencia, lo que hace necesaria la formación y preparación individualizada y muy particular de los Jueces responsables de dichos órganos; y la complejidad de la situación social y económica, que aconsejan un tratamiento propio e integrado de las cuestiones que están ahora a cargo de los Juzgados de lo Mercantil⁵⁰¹.

6. Definición de la propuesta interpretativa

Resumiendo, la doctrina reconoce a la legislación concursal (la que se inicia en 2003) una triple unidad –legislativa, de disciplina y procedimental– que no compartimos como tal, habiéndose aducido argumentos de peso en contra cada una de sus vertientes. Entendemos que sí existe una unidad nominal o de denominación, que tiene como corolario el término “concurso”; así como jurisdiccional, que se ha conseguido tras la creación de los Juzgados de lo Mercantil. Siendo ésta nuestra propuesta hermenéutica en relación con la unidad concursal, se han criticado las interpretaciones que crean determinadas categorías irreales y que no hacen sino erigir un

⁵⁰¹ OTERO LASTRES, J. M., “Reflexiones sobre...” *op. cit.*, pág. 19.

obstáculo para llegar al conocimiento del verdadero régimen concursal, cuyo perfil no es el que dibuja su Exposición de Motivos, sino el de las disposiciones vinculantes de la Ley 22/2003, así como los datos que muestran la eficacia de estos instrumentos. Aunque exprese una intención el legislador a través de la Exposición de Motivos de la LCon, ésta no deja de ser una declaración de intenciones sin valor normativo, de modo que nuestro análisis se ha centrado en la realidad del articulado y no en la pretensión normativa de la Ley Concursal.

V. PRINCIPIO DE ROGACIÓN

1. Contenido del axioma

Podríase decir que el principio rogatorio o de rogación atiende a una lógica más procesal que sustantiva, cuyo contenido se describe como la necesidad de petición expresa del interesado para que el proceso a que se hace referencia, sea cual sea su naturaleza, despliegue sus efectos. Sobre este principio no ha sido prolija la doctrina en lo que se refiere a su vertiente pura, mucho menos en su aplicación al Derecho concursal.

Entre sus principales manifestaciones encontramos el ámbito registral, del que ha dado cuenta CRUZ GALLARDO⁵⁰² calificándolo como un principio hipotecario registral. Desde esta óptica, las partes extienden mediante la inscripción de un acto, esto es, mediante la publicidad registral, los efectos del mismo a terceros. En ese caso es el registrador quien, por virtud del artículo 18 de la Ley Hipotecaria⁵⁰³ (LH), analiza las condiciones de capacidad y validez para realizar la inscripción, sus presupuestos subjetivos e intrínsecos al acto. De esta manera, ya sea en su vertiente registral o en cualquiera de sus manifestaciones, el principio de rogación implica una petición a un tercero imparcial que evalúa las posibilidades de admitir la pretensión de la parte que reclama el reconocimiento o la declaración de una situación con relevancia jurídica.

La declaración de concurso debe ser solicitada en las condiciones establecidas por la Ley. Esto quiere decir que opera con rigurosidad el principio de rogación, tan solo puede darse a instancia de parte mediante solicitud de alguien legitimado para ello. No cabe la posibilidad para el Juez de declarar de oficio el concurso. De esta forma, ni siquiera el Ministerio Fiscal podrá instar la declaración de concurso; *el Derecho español se aparta así de la solución ofrecida por otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como el italiano, en el que se reconoce al Ministerio Público la legitimación*

⁵⁰² CRUZ GALLARDO, B., *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, Madrid, La Ley, 2014, págs. 358 y ss.

⁵⁰³ Decreto de 8 de febrero de 1946.

para solicitar el concurso⁵⁰⁴. En nuestro sistema, el procedimiento para reordenar la insolvencia es sobre todo de carácter civil (privado)⁵⁰⁵, motivo por el cual opera con tal vigor el principio de rogación.

Su existencia e incidencia en el Derecho concursal español son claras⁵⁰⁶. No obstante, la doctrina no siempre ha reconocido con idéntica terminología al axioma que se describe. Además de su relación con el principio dispositivo⁵⁰⁷, que con un rango de acción mayor que el principio rogatorio incluye la propia rogación en su ámbito, podemos señalar algún otro ejemplo. En concreto, CORTÉS DOMÍNGUEZ cuando señala la imposibilidad de iniciarse de oficio el concurso de acreedores alude a la existencia de un *principio de demanda*⁵⁰⁸, en una clara referencia al principio rogatorio. El apoyo a esta idea se encuentra en numerosos preceptos de la LCon⁵⁰⁹, entre los que podríamos destacar –además de los que expresan la legitimación activa para solicitar la declaración de concurso– el artículo 19.3 LCon. En él se otorga un plazo de 5 días a los acreedores para que formulen las alegaciones que estimen oportunas cuando “el solicitante no compareciera o, habiéndolo hecho, no se ratificase en su solicitud, y el juez considerase que concurre presupuesto objetivo para la declaración de concurso”. Del precepto podemos extraer una gran fuerza del principio rogatorio en el sistema concursal, al necesitarse en todo caso que alguno de los legitimados apoye o promueva la declaración de concurso para que la institución despliegue sus efectos.

⁵⁰⁴ GARCÍA VIDAL, A., “La legitimación para solicitar la declaración de concurso de las sociedades mercantiles”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 1038.

⁵⁰⁵ Esta tesis es acogida, entre otros, por GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004, pág. 50. Seguramente sea el motivo por el cual el Ministerio Fiscal no se encuentre entre los legitimados para solicitar la apertura del procedimiento concursal.

⁵⁰⁶ Incluso la Jurisprudencia ha admitido la vigencia de este principio concursal. *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1^a) 5759/2014, de 23 de diciembre (RJ 2014/6889), FD 1^o.

⁵⁰⁷ Sin utilizar el término rogación pero admitiendo la virtualidad del principio dispositivo y la justicia rogada en nuestro Derecho concursal, *vid.* BONET NAVARRO, A., *Comentarios... op. cit.*, pág. 154.

⁵⁰⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La naturaleza jurídica de la declaración de concurso”, *Derecho procesal concursal* (dirigido por OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, R.), Madrid, Marcial Pons, 2008, págs. 37-39.

⁵⁰⁹ *Ibidem* (artículos 3, 4, 5, 6, 7, 14, 15, 17, 18 y 19 LCon).

De otra parte, el principio cuenta con algunas limitaciones que matizan su acción sobre el procedimiento. Principalmente, encontramos que la solicitud no determina la declaración automática de concurso, sino que existe un control de presupuestos⁵¹⁰ – objetivo y subjetivo– que ya han sido analizados. No se trata de una cuestión que desnaturalice el principio, sino simplemente una condición de apertura del procedimiento que racionaliza el uso de la institución concursal.

Por tanto, en el ámbito concursal opera el principio rogatorio, no ocurriendo lo mismo con otras manifestaciones del principio dispositivo. Dentro del marco de éste, no solo encontramos el contenido de lo que se describe como principio rogatorio en este trabajo. Así, admitimos la postura de DE LA OLIVA SANTOS⁵¹¹, que muestra un principio dispositivo amplio, formado por distintas manifestaciones entre las que destacamos, en primer lugar si atendemos al orden temporal, la rogación o justicia rogada (consagrada en el ámbito procesal-civil por el artículo 216 LEC), elevada bajo nuestro punto de vista a axioma del sistema concursal. Y no podemos destacar la existencia del principio dispositivo de manera plena en este estudio puesto que, como se ha destacado por la doctrina, otros sectores de éste –como la aportación de parte– no operan de forma absoluta en el procedimiento concursal dadas las amplias prerrogativas del Juez en sede probatoria⁵¹².

La virtualidad del principio de rogación en el ámbito concursal determina toda una serie de cuestiones que imprimen algunos de los caracteres fundamentales de nuestro Derecho concursal: la legitimación para solicitar el inicio del procedimiento, la naturaleza del auto de declaración de concurso y en definitiva el perfil del denominado presupuesto formal del concurso (la declaración judicial). En los epígrafes siguientes vamos a realizar una breve reseña sobre estos temas, cuya incidencia en el proceso concursal es en gran medida consecuencia de la aplicación de la Justicia rogada a esta parcela del ordenamiento.

⁵¹⁰ BONET NAVARRO, A., *Comentarios... op. cit.*, pág. 154.

⁵¹¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil* (DE LA OLIVA SANTOS A. y FERNÁNDEZ, M. A.), Volumen I, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, págs. 150-152.

⁵¹² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La naturaleza jurídica de la declaración de concurso”, *Derecho procesal concursal* (dirigido por OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, R.), Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 39.

2. Legitimación para solicitar el concurso

Sabiendo de esta rigidez a la hora de solicitarse el concurso, resulta muy importante conocer quiénes están legitimados para hacerlo. De ello se ocupa el art. 3 LCon⁵¹³, del que se puede extraer la siguiente lista de legitimados:

- El deudor, que solicita su propio concurso.
- Cualquiera de los acreedores del deudor que ha caído en insolvencia. No está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos *inter vivos* y a título singular, después de su vencimiento⁵¹⁴.
- El mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de la Ley Concursal (prescripción incluida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización).
- El órgano de administración o liquidación si el deudor es una persona jurídica; o bien los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables (conforme a la legislación vigente) de las deudas⁵¹⁵.
- Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia –que podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no

⁵¹³ Nótese que en la descripción de los legitimados para instar el concurso, no se acude al criterio de la personalidad que tantos problemas ha propiciado en sede de presupuesto subjetivo del concurso. Aquí sí cabe que la apertura del procedimiento sea instada por un ente sin personalidad jurídica.

⁵¹⁴ La justificación de esta excepción se basa en la necesidad de evitar simulaciones perjudiciales por parte de los acreedores, a través de la adquisición de créditos con el único objeto de solicitar el concurso. “La presunción de simulación o connivencia que fundamenta la excepción se configura como *iuris et de iure*, por lo que el acreedor que adquiere el crédito en estas circunstancias no puede demostrar su buena fe en la adquisición a través de incidente concursal alguno”. GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C., *Comentarios... op. cit.*, págs. 56-57.

⁵¹⁵ El apartado primero del precepto ha sido modificado por la Ley 40/2015, recuperando la redacción anterior a la Ley de Emprendedores, que eliminó la referencia al órgano de administración y al liquidador en un intento de acabar con la confusión existente tras dicha norma en el concurso de la persona jurídica. Además, con la vista puesta en el resto de legitimados (responsables personalmente), destacan: Socios de la Sociedad Civil (art. 127 C. de c.), socios colectivos de la Sociedad Comanditaria (art. 148 C. de c.) y de la Sociedad Comanditaria por Acciones (art. 1.4 LSC), etc. Comentando en este sentido el estado del precepto antes de su modificación: VIGUERA RUBIO, J.M., “Los presupuestos...” *op. cit.*, pág. 859.

aceptada pura y simplemente—. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario⁵¹⁶.

Así ha quedado la lista de legitimados tras la Ley 40/2015, la Ley 14/2013 y más remotamente la Ley 38/2011 que derogó el quinto apartado del precepto. Éste establecía la legitimación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el caso de empresas de servicios de inversión y del Consorcio de Compensación de Seguros en el caso de entidades aseguradoras.

3. La declaración judicial: presupuesto formal

Si atendemos a las cuestiones de Derecho sustantivo, podríamos decir que la situación concursal tiene lugar tras la confluencia del presupuesto subjetivo y objetivo. Sin embargo, hay cuestiones procesales que deben ser tratadas en este estudio, pese a ser un trabajo cuya vocación es analizar las cuestiones más elevadas en materia concursal. En este caso se trata de un tercer requisito, el llamado presupuesto formal, que es la declaración de concurso y que se manifiesta como una condición necesaria para que el proceso se inicie. Aunque no sea un requisito tasado como tal en la Ley Concursal, la configuración que se hace de la declaración judicial de concurso en la Ley, obliga a pensar que se trata de un tercer presupuesto que no puede olvidarse. Este requisito se fundamenta en una exigencia de seguridad jurídica, ya que surge ante las importantes variaciones que la situación de concurso de acreedores puede producir sobre la esfera obligacional del deudor. Se trata de un verdadero presupuesto o condición formal.

3.1. Naturaleza

En la institución concursal, se hace indispensable un actor de naturaleza judicial, que dé inicio al procedimiento con las debidas garantías. Estamos ante un acto puramente formal y de carácter procesal, se trata de un pronunciamiento judicial con forma de auto. Para simplificar la cuestión sobre su naturaleza, se puede tomar una

⁵¹⁶ De esta forma, el concurso de la herencia solicitado por el administrador de la misma, será considerado voluntario; mientras que si se insta por cualquier otra persona, incluso el heredero, se considerará necesario.

posición pragmática, considerando la declaración judicial como un requisito formal *sine qua non* para que se inicie el proceso concursal, además teniendo en cuenta que se trata de un acto con eficacia *erga omnes* puesto que una vez declarado el concurso, cualquier acreedor que tenga pretensiones sobre el patrimonio del deudor deberá observar las reglas del concurso.

No obstante, y en un debate más académico, no se puede compartir el razonamiento de un sector doctrinal que señala que se trata de un acto declarativo y constitutivo. Por supuesto que se trata de un acto constitutivo en tanto que crea una situación jurídica totalmente nueva; pero ¿qué tiene de declarativo? Este sector doctrinal opina que el carácter declarativo se lo confiere el hecho crear en el deudor *una condición jurídica nueva para el deudor concursado*⁵¹⁷. En nuestra opinión, éste es el efecto de un acto constitutivo y no declarativo, que es el que no hace nacer un derecho o una situación jurídica nueva, sino que se limita a reconocer un derecho o situación jurídica concreta. Por tanto, la posibilidad de calificar a la declaración de concurso de acto declarativo pasaría por razonar que lo que se reconoce es la efectividad de los presupuestos objetivo y subjetivo anteriormente expuestos, sin crearse una situación nueva. Por el contrario, el hecho de considerar que se está modificando la situación jurídica del deudor, desde nuestra óptica se encuentra bajo el abrigo de la caracterización del acto constitutivo.

3.2. Actitud del deudor

Una vez solicitado el concurso –se entiende que cuando es solicitado por un acreedor u otro legitimado–, el deudor puede tomar distintas actitudes frente a la posibilidad de ver intervenidas las facultades de disposición sobre su propio patrimonio. Siguiendo a BONET NAVARRO, el deudor puede mostrar cuatro posturas diferentes⁵¹⁸:

– *Silencio*. La falta de respuesta del deudor emplazado, que deja correr el plazo previsto para formular oposición, produce el mismo efecto que el allanamiento. En este

⁵¹⁷ Vid. VIGUERA RUBIO, J.M. “Los presupuestos...” *op. cit.*, pág. 857.

⁵¹⁸ BONET NAVARRO, A., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004, págs. 186 y ss.

caso no opera la previsión general de otras normas –como la LEC (artículo 496)–, que no equiparan la posición de rebeldía a una admisión de hechos. Por tanto, el deudor que deja transcurrir el plazo sin pronunciarse, tendrá que ver como el Juez dicta el auto declarando el concurso de acreedores.

– *Allanamiento*. La aceptación expresa de los hechos que acredita el instante (que deberá ser total y sobre todos los extremos de la solicitud, pues no cabe un allanamiento parcial), suponen la aceptación del derecho de éste. El Juez solo podrá decidir en sentido contrario a la declaración de concurso si aprecia fraude de Ley, perjuicios para un tercero o para el interés general, o circunstancias similares.

– *Solicitud tardía de concurso voluntario*. También se procede a la declaración de concurso si el deudor, una vez ha sido presentada la solicitud de concurso por otro legitimado, decide presentar una petición de concurso voluntario. En este caso también queda clara la confluencia de voluntades entre deudor y acreedor. No obstante, puede que ambos estén de acuerdo en la apertura del proceso, pero no en aspectos sustanciales del mismo (solución a través de convenio por ejemplo). Estos supuestos denotan la incompatibilidad que hay entre dos solicitudes distintas, que se resolverá acudiendo al criterio temporal, y que en este caso determina la apertura de un concurso de carácter necesario.

– *Oposición*. Dejando a un lado tanto el artículo 18.1 LCon, que recoge los tres supuestos anteriores, como otros aspectos procesales entre los que están los plazos para subsanar la solicitud del deudor o el tiempo que tiene el propio insolvente para oponerse a la solicitud de declaración de concurso presentada por otro legitimado y que ha sido admitida a trámite, cabe aquí decir que dicha oposición del deudor puede fundarse en dos motivos. El primero es la inexistencia del hecho en que se base la solicitud de declaración concursal y el segundo la solvencia del deudor a pesar del hecho en que se basa la solicitud⁵¹⁹. Como decíamos cuando analizábamos el presupuesto objetivo del concurso, el término insolvencia no ha quedado bien delimitado, se trata de un concepto abierto que ha querido ser concretado a través de las circunstancias del tan citado artículo 2.4 LCon. Por ello, y tratando de ser coherente con la definición general de insolvencia, el legislador ha previsto que la oposición del deudor a la posible

⁵¹⁹ Artículo 18.2 LCon.

declaración de concurso pueda efectuarse no sólo negando los hechos que se le imputan, sino también demostrando que los incumplimientos han tenido su causa en cualquier circunstancia distinta a la insolvencia. Entendemos que se trata de un derecho que era necesario reconocer en favor del deudor, puesto que el incumplimiento puede tener diversas causas y no siempre serán producto de la insolvencia. Sin embargo, si las circunstancias del artículo 2.4 LCon –u otras que decidiera el legislador– fueran las que determinaran el término insolvencia, es decir, si su definición fuera técnica, clara y concreta, el proceso ganaría en seguridad jurídica. De esta manera, el deudor solo contaría con la posibilidad de defenderse rebatiendo los hechos que se le imputan, consiguiéndose así que el Juez redujera su margen de actuación, que dada la flexibilidad del concepto “insolvencia”, es amplio. Pero lo que está claro es que esa flexibilidad ha sido buscada. La definición técnica tendría otras disfunciones, como la posibilidad de provocar una rigidez exagerada en el procedimiento. De momento, se ha preferido dejar al Juez un margen más amplio de maniobra al poder interpretar la insolvencia del deudor.

3.3. Auto de declaración de concurso

La declaración de concurso toma forma a través de un auto judicial cuyo contenido está señalado en el art. 21.1 LCon. En él, podemos encontrar algunos pronunciamientos que son necesarios, otros que pueden darse según ciertas circunstancias (como la voluntariedad del concurso) y otros que dependen de la discrecionalidad del Juez:

– El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación, en su caso, de la solicitud de liquidación o presentación de propuesta anticipada de convenio.

– Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales.

– En caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6 LCon (relación de acreedores, inventario de bienes, plantilla de trabajadores, memoria económica, etc.).

– Si las hay, las medidas cautelares que el Juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo.

– El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos⁵²⁰.

– La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso.

– En su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada, en relación con la disolución de la sociedad de gananciales.

– En su caso, la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento especialmente simplificado.

Este auto dará inicio a la fase común del concurso, desplegándose todos los efectos que ésta tiene sobre los interesados y sobre la esfera obligacional del deudor. A partir de aquí, se constituirá la administración concursal y dará comienzo la determinación de las masas activa y pasiva.

El auto deberá ser notificado a las partes que han comparecido en el proceso, de manera que si el deudor no ha comparecido, la publicación del auto de acuerdo con las prescripciones de los arts. 23 y 24 LCon será suficiente. En este sentido, el art. 23 LCon establece que a efectos de publicidad extrarregistral, un extracto de la declaración de concurso se publicará en el BOE; así como cualquier resolución en el marco del proceso deberá insertarse en un registro telemático, el Registro Público Concursal, en concordancia con el espíritu de la Ley, que muestra expresamente su preferencia por los medios electrónicos y telemáticos a efectos de notificación y publicidad⁵²¹. En cuanto a la publicidad registral, el art. 24 LCon establece que la declaración de concurso, la intervención o suspensión de facultades de disposición y el nombramiento de los administradores concursales, serán inscritos en el registro correspondiente según se trate de una persona natural (Registro Civil), sujeto inscribible en el Registro Mercantil o en

⁵²⁰ En el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado del auto de declaración de concurso.

⁵²¹ VIGUERA RUBIO, J.M., “Los presupuestos...” *op. cit.*, págs. 865 y ss.

cualquier otro registro. También cabe destacar la necesidad de realizar anotaciones preventivas de las circunstancias mencionadas en los registros públicos en que haya inscritos bienes o derechos. Se trata de una actuación fundamental ya que “practicada la anotación preventiva o la inscripción, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez de éste, salvo lo establecido en el artículo 55.1”⁵²².

Finalmente, cabe recurrir el auto de declaración de concurso en las condiciones que marcan los apartados segundo y tercero del art. 20 LCon. Los legitimados para ello son: el deudor que no la hubiese solicitado; y cualquier persona que acredite interés legítimo, aunque no hubiera comparecido con anterioridad. Sin embargo, para recurrir un auto desestimatorio de la pretensión de apertura del procedimiento concursal, solo puede reclamar quien solicitó el concurso. De esta forma, cabrá contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso, recurso de apelación, “que no tendrá efecto suspensivo salvo que, excepcionalmente, el Juez acuerde lo contrario”⁵²³. Mientras tanto, el recurso de reposición se mantiene para recurrir únicamente alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso, pudiendo así las partes oponerse a alguna de las medidas concretas que se hayan tomado en sede judicial.

3.4. Reglas especiales para los concursos conexos

Tras la Ley 38/2011, se modificó la regulación de los concursos conexos, añadiéndose los artículos 25 bis y 25 ter a la redacción de la Ley Concursal, y eliminándose otras disposiciones (como el art. 3.5 LCon). Así, se han agrupado todas las particularidades de este fenómeno en el capítulo tercero del Título I de la LCon.

La declaración de concurso conjunta de varios deudores será posible cuando se cumplan los requisitos del art. 25 LCon. En concreto, pueden solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges o que sean administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las

⁵²² Artículo 24.4 LCon.

⁵²³ Artículo 20.2 LCon. Si se da tal caso, el Juez habrá de pronunciarse sobre el mantenimiento, total o parcial, de las medidas cautelares que se hubiesen adoptado

deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades. De la misma forma que el acreedor podrá solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores, cuando sean cónyuges, exista entre ellos confusión de patrimonios o formen parte del mismo grupo de sociedades. Será competente para este asunto el Juez del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo y, si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante o, en supuestos en que el concurso no se solicite respecto de ésta, el de la sociedad de mayor pasivo.

En cuanto a la acumulación de concursos, cualquiera de los concursados o cualquiera de las administraciones concursales podrá solicitar al Juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos ya declarados de quienes formen parte de un grupo de sociedades; de quienes tuvieren sus patrimonios confundidos; de los administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica; de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta; de los cónyuges; de la pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 LCon⁵²⁴. Si no hubiera solicitud efectuada por alguno de los concursados o por la administración concursal, la acumulación podrá ser solicitada por cualquiera de los acreedores (mediante escrito razonado). Además, se debe señalar que “la acumulación procederá aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes Juzgados. En ese caso, la competencia para la tramitación de los concursos acumulados corresponderá al Juez que estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo en el momento de la presentación de la solicitud de concurso o, en su caso, del concurso de la sociedad dominante o cuando ésta no haya sido declarada en concurso, el que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo”⁵²⁵.

Hay que decir que en los concursos declarados conjuntamente y acumulados, aunque se tramiten de forma coordinada, no se dará consolidación de las masas. A lo más que se puede llegar, es a la previsión del art. 25 ter LCon que arroja luz sobre esta

⁵²⁴ Esta circunstancia es la inequívoca voluntad de la pareja de hecho inscrita de formar un patrimonio común.

⁵²⁵ Artículo 25 bis.3 LCon.

cuestión. En él se señala, que tan solo de modo excepcional se podrán consolidar inventarios o listas de acreedores para la realización del informe de la administración concursal cuando exista una confusión de patrimonios y no sea posible, por criterios de operatividad, realizar una tediosa separación de títulos activos y pasivos. Se puede afirmar entonces, que la acumulación de concursos no supone la fusión de éstos, pues se estaría obligando a un deudor a ser responsable de créditos que no fueron gestionados por él. Lo único que se consigue, por motivos de sistemática y economía (también jurídica), es llevar a cabo un único proceso, pero sin que esto pueda dañar los intereses de los concursados.

4. Consecuencia material del principio de rogación en el ámbito concursal

Generalmente, e incluso al inicio de este capítulo, el principio de rogación se ha calificado como un axioma de contenido procesal y no sustantivo. No obstante, y dado el objeto de esta investigación, no tendría sentido el análisis de esta cuestión si no pudiéramos extraer alguna conclusión más allá de dicho valor instrumental. Efectivamente, existe un contenido o consecuencia material en la consagración de la justicia rogada en el ámbito concursal. Se ha citado doctrina que reconocía el principio rogatorio como una idea propia entre otros, del ámbito registral; y desde ella se señala además que el carácter rogado es fruto de la voluntariedad de la inscripción. Si traemos esta idea al ámbito concursal podríamos decir también que el principio rogatorio, o sea, la necesaria solicitud de concurso para que se abra el procedimiento, es producto de la voluntariedad de dicha solicitud. Sin embargo esto chocaría con el artículo 5 LCon que proclama la obligación de solicitar el concurso del deudor que se encuentra en estado de insolvencia.

No se trata de un problema sencillo; efectivamente existe una obligación de solicitud de concurso para el deudor, no obstante, si conculcándose esa prescripción no se realiza la petición por parte del insolvente y tampoco se lleva a cabo por ningún otro legitimado, no habrá consecuencias en el plano concursal; en este supuesto imaginario jamás habría concurso. El principio dispositivo se muestra a través de una de sus facetas, la justicia rogada, determinando la imposibilidad del inicio de actuaciones de oficio en materia de concurso. Existe la obligación a la que se ha aludido, pero bajo ningún concepto puede desplegar efectos la institución si no ha sido previamente

solicitada por el deudor u otro legitimado, lo que provoca que a falta de petición expresa de ningún legitimado, pierda valor coercitivo el artículo 5 LCon⁵²⁶.

Por tanto no dudamos en que actúa el principio de rogación y que ello tiene su fundamento en la “voluntariedad” o disposición de las partes en relación al concurso de acreedores. En nuestra opinión tanto este extremo, como la falta de legitimidad del Ministerio Fiscal –que encarna el interés público– o la imposibilidad de iniciarse de oficio el procedimiento, implican la consideración del proceso concursal de la Ley 22/2003 como una institución de carácter privado. No obstante ello, una vez iniciado el procedimiento, la intervención del Estado es fuerte en la esfera económica del deudor y, en menor medida, de otros afectados. Ahora bien, dicha intervención requiere la aquiescencia –y solicitud– de alguna de las partes, ya sea por la vía del concurso voluntario o del concurso necesario. Se revela el carácter privado o de institución que regula las relaciones entre particulares del concurso, al constatarse que el patrimonio de una persona y su relación con otros operadores económicos son realidades que solo atañen a ellos mismos. De manera que el poder público no puede intervenir de manera automática, sino únicamente a instancia de parte, acción que le habilita a poner todos los medios necesarios para paliar la situación de insolvencia y salvaguardar el interés público de manera mediata a través de la protección de las empresas, los acreedores, o cualquiera que sea la motivación que le lleve a la redacción de un determinado precepto concursal. Es por ello que se utiliza en la LCon normalmente el término “interés concursal” tan difícil de descifrar y que está muy relacionado con el fundamento que determina la aplicación del principio rogatorio en este punto. Dicho fundamento no es otro que una máxima de sobra reproducida por normas de nuestro ordenamiento: las cuestiones privadas no implican la intervención directa del Estado, sino que necesitan la denuncia de las partes. Los particulares tienen la responsabilidad de utilizar el marco normativo que el Estado proporciona para combatir la insolvencia, ahora bien, el concepto liberal e incluso capitalista del proceso civil se impone al paternalismo en este contexto, siendo necesaria la actividad de parte para que puedan desplegarse los efectos de una institución que incide en algunas de las facultades más importantes del

⁵²⁶ Otra situación diferente sería la falta de cumplimiento de dicha obligación cuando algún acreedor decide solicitar concurso, en el sentido de que haber conculcado el artículo 5 LCon podría hacer presumir la mala fe del concursado durante el juicio universal.

concurtido. Pero no solo sobre él, los efectos del concurso se dejan ver como se ha repetido aquí en numerosas direcciones (acreedores, créditos, contratos, etc.), dibujándose una figura jurídica de enormes consecuencias y que está movida por un interés no solo individual, sino también general; pero que por expresarse sobre una relación entre particulares necesita que su inicio se promueva por alguno de los legitimados para ello. En nuestro sistema jurídico, el concurso de oficio solo podría responder a una novedosa concepción de la insolvencia como un problema de interés público, en detrimento de las relaciones económicas entre las partes implicadas. De momento, y pese a la cantidad de reformas con motivo de la crisis económica de los últimos años, la Ley Concursal consagra una institución privada, de la que disponen las partes (al menos en lo que se refiere a su inicio).

En definitiva, la rogación se instituye en este sector del ordenamiento como la garantía para el ciudadano de que el Estado no puede intervenir en sus asuntos económicos ni en sus relaciones con otros operadores del mercado, a no ser que sea expresamente solicitado por alguna de las partes implicadas.

VI. PRINCIPIO DE LIMITACIÓN DE LAS FACULTADES DEL DEUDOR

Cualquier institución concursal conocida, y por supuesto la que está caracterizada en la Ley española, conlleva una modificación en los derechos del deudor concursado, o al menos una modificación del modo en que pueden ser ejercitados los mismos. Sus facultades o potestades se van a ver reducidas, interpretadas restrictivamente o simplemente suspendidas. No obstante, la limitación de las facultades del deudor no es una consecuencia concursal que vaya a seguir en todos los casos un mismo esquema, sino que las circunstancias de cada procedimiento van a determinar un régimen diverso. Para conocer cómo opera esta idea en nuestro ordenamiento y cuáles son las manifestaciones más importantes del principio de limitación de las facultades del deudor es necesario conocer antes los conceptos de concurso voluntario y concurso necesario, pues a la postre serán básicos al estipularse dicho régimen.

1. Concurso necesario y concurso voluntario

Una vez sabemos quiénes pueden instar al Juez a declarar el concurso, tendremos que distinguir si tal acción va a culminar en un concurso voluntario o necesario, dos términos que ya han aparecido y cuya diferenciación tiene una importancia capital durante el proceso. Se considera que el concurso es voluntario si la solicitud remitida al Juez proviene del deudor (si son varias se tiene en cuenta la primera de ellas); siendo necesario en caso contrario⁵²⁷. Algunos autores⁵²⁸ encuentran una excepción a esta regla general en el propio artículo 22.2 LCon, que señala: “el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado”. Lo cierto es, que si atendemos al criterio de interpretación literal⁵²⁹ en el caso mencionado como excepción, la primera solicitud no procede del deudor; y por ende, no será posible iniciar un procedimiento de concurso en

⁵²⁷ Artículo 22 LCon.

⁵²⁸ Por todos, BONET NAVARRO, A., *Comentarios... op. cit.*, pág. 225.

⁵²⁹ El artículo 3 del Código Civil, dedicado a señalar los criterios de interpretación para la aplicación de normas jurídicas lo recoge en primer lugar, aunque convive con otros criterios como el teleológico o el histórico.

el que el deudor goce de las ventajas del concurso voluntario. Es verdad que se trata de un supuesto complicado, ya que el primer solicitante desiste de su petición de concurso, pero en consonancia con el razonamiento que ha hecho el legislador, opinamos que la iniciativa del deudor dada esta circunstancia queda desmerecida (ya no es el deudor quien insta el concurso en primer lugar). Como se ha dicho, en ocasiones se ha interpretado esta regla como una excepción, aunque desde nuestro punto de vista, tan solo se trata de un intento del legislador por señalar cuál debe ser la interpretación de la norma en un caso específico que podría haber dado lugar a confusiones y pronunciamientos diversos por parte de los órganos jurisdiccionales.

Las consecuencias de esta distinción entre concurso voluntario y concurso necesario van a tener importantes repercusiones sobre el orden concursal. Estos efectos van a dejarse notar en dos vertientes: formal y material⁵³⁰.

En cuanto a los aspectos formales, destaca la influencia del tipo de concurso (voluntario o necesario) en el contenido de la solicitud de declaración de concurso. Si estamos ante la solicitud del deudor, esto es, ante un posible concurso voluntario, el artículo 6 LCon establece que aquél deberá expresar si su estado de insolvencia es actual o inminente, acompañando su escrito de solicitud con los documentos que bajo su punto de vista revelen la situación de insolvencia, y siempre constando los siguientes⁵³¹:

– Poder especial para solicitar el concurso.

– La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial⁵³².

⁵³⁰ ALONSO ESPINOSA, F. J. “La declaración del concurso en la Ley 22/2003”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 933.

⁵³¹ Se trata de la lista actualizada tras la reforma en materia concursal del año 2011.

⁵³² En ella a veces figuran otros datos, que deben constar obligatoriamente en función de la naturaleza del deudor. Así cuando el deudor es persona casada, se indica la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio; si se trata de una persona jurídica, también se indicará en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas, así como si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en mercado

– Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.

– La relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.

Si se trata de un deudor obligado a llevar su contabilidad, o sea, un empresario⁵³³, tendrá que incluir en la solicitud otros documentos, a saber:

– Las cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios.

– La memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.

– Los estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.

secundario oficial; mientras que cuando estemos ante el concurso de una herencia, se indicarán en la memoria los datos del causante.

⁵³³ Artículo 25.1 C. de c. “Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario”. La interpretación de este precepto lleva a asegurar que la obligación de llevanza de la contabilidad se aplica a todo empresario, individual o social. LÁZARO SÁNCHEZ, M. J., “La contabilidad como obligación profesional del empresario”, *Anales de Derecho*, nº 12, 1994, pág. 429.

Finalmente, en razón de la naturaleza o las características del deudor podemos encontrar otros documentos que deberán acompañar a la solicitud:

– En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período.

– La plantilla de trabajadores en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere.

Mientras que para saber cómo será la solicitud de concurso que no proviene del deudor (posible concurso necesario), tendremos que estar a lo dispuesto por el art. 7 LCon, cuya redacción más reciente señala que si el instante es un acreedor, éste debe expresar el título o hecho en el que funda su solicitud de acuerdo con el ya célebre artículo 2.4 LCon; además de señalar las características, naturaleza, etc. del crédito del que es titular. Si el solicitante es cualquier otro legitimado, debe acompañar la solicitud con algún documento que pruebe dicha legitimidad o proponiendo prueba de la misma.

Por otro lado, en el apartado de aspectos materiales sobre los que incide el carácter del concurso hay que señalar importantes implicaciones. Tanto es así, que cuando el concurso es voluntario, el deudor mantiene en líneas generales las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, sin perjuicio de los poderes que tiene el Juez para limitar dichas facultades (art. 40 LCon) y teniendo en cuenta las atribuciones que tiene la administración concursal (que velará por la correcta utilización del patrimonio). Este régimen, en el que el deudor mantiene ciertas facultades sobre su economía suele denominarse régimen de intervención; mientras que el régimen de suspensión/sustitución, en que la administración concursal suplanta totalmente la voluntad del deudor, se reserva a los supuestos de concurso necesario⁵³⁴.

⁵³⁴ Es una terminología comúnmente aceptada, puede consultarse entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios... op. cit.*, págs. 358 y ss.

En suma, queda claro que el carácter voluntario o necesario del concurso va a tener consecuencias importantísimas en el desarrollo del proceso. Algunas son de corte procesal, sin embargo, aquí interesan más los aspectos sustanciales que van a variar en un caso y en otro. La dimensión temporal en la solicitud de concurso, va a tener como corolario más esencial la modulación de las facultades de la administración concursal con respecto al concursado. Para el deudor, la voluntariedad del concurso va a devenir en la posibilidad de mantener el control sobre los movimientos de su patrimonio, que podrá gestionar pese a ser “tutelado” (y controlado estrechamente) por la administración concursal. De esta manera el concurso, solicitado libremente o empujado por el deber *ex* artículo 5 LCon, recibe el nombre de voluntario cuando es instado por el deudor. No deja de ser ciertamente contradictorio, sin embargo, se puede hacer una interpretación indulgente, entendiendo que lo que empuja al legislador a acuñar el término es la voluntad del deudor, sea cual sea la causa, a someterse a los efectos del concurso⁵³⁵.

Entendidas las diferencias entre el concurso voluntario y el necesario, debemos afrontar las intenciones de los poderes públicos respecto a esta cuestión. ¿Se habrá pretendido incentivar un tipo de concurso u otro? A este respecto, hay que traer a colación una posición doctrinal que entiende que el propósito del legislador ha sido incentivar el concurso necesario en perjuicio del voluntario. No se puede negar que existen estímulos en favor del concurso necesario, señalando VIGUERA RUBIO tres⁵³⁶:

– Consideración de créditos contra la masa de las costas ocasionadas por la solicitud del concurso siempre que éste se declare.

– Deber del deudor de consignar a disposición del acreedor instante, el importe del crédito del mismo si estuviera vencido.

– Reconocimiento al acreedor instante de privilegio general por la mitad del importe de su crédito, siempre que no tenga la consideración de subordinado.

No obstante, no todas las prescripciones de nuestro Derecho concursal van en esta dirección. Podemos encontrar otras prescripciones, cuyo objetivo no será la

⁵³⁵ BONET NAVARRO, A., *Comentarios... op. cit.*, pág. 225.

⁵³⁶ VIGUERA RUBIO, J. M. “Los presupuestos...” *op. cit.*, págs. 863-864.

promoción del concurso necesario, sino el instado por el propio deudor. Sobre su figura recaerán estos estímulos que pueden ser de dos tipos⁵³⁷:

– Estímulos de carácter positivo, como la paralización de las ejecuciones singulares; la suspensión del devengo de intereses; la posibilidad de lograr un convenio en el que se establezca una quita y/o un aplazamiento de la deuda; o bien disfrutar del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (mecanismo de la segunda oportunidad).

– Estímulos de carácter negativo, entre los que destacan la presunción iuris tantum de dolo o culpa grave cuando el deudor incumpla el deber de solicitar la declaración de concurso; y la prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio con motivo del mismo incumplimiento.

Pueden darse por buenas ambas opiniones, pues las dos se encuentran fundadas en disposiciones concretas de la LCon. En nuestra opinión, la intención del legislador era más elevada. No quería favorecer la declaración de concurso necesario o voluntario, sino el concurso en general, cualquiera que fuera su forma. La LCon considera –al menos hasta la aparición de los institutos preconcursales– que la mejor, es más, la única forma para salir de la situación de insolvencia, es el concurso. Anteriormente se han dado ejemplos de lo que pueden considerarse estímulos al concurso necesario y voluntario pero, en este último caso la doctrina se olvida de algunos datos importantes. ¿Acaso no es un estímulo suficiente la conservación por parte del deudor de las facultades de disposición sobre su patrimonio? La respuesta es afirmativa. De hecho, la ya comentada obligación del deudor insolvente de solicitar el concurso, es una medida que favorece la solicitud del concurso voluntario no a través de una recomendación o una recompensa, sino a través de uno de los mecanismos más coercitivos que tiene el Estado para hacer cumplir la Ley, una obligación, en este caso de hacer⁵³⁸.

⁵³⁷ Distinción presente en: PRENDES CARRIL, P., ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., y GÓMEZ MARTÍN, F., *Guía Práctica Concursal* (dirigido por PRENDES CARRIL, P.), Pamplona, Aranzadi, 2008, págs. 77-78.

⁵³⁸ Pese a la falta de consecuencias que tiene faltar a esta obligación si no es solicitado el concurso, como ya se ha visto.

Por tanto, y siendo congruentes con el apartado segundo de la Exposición de Motivos de nuestra Ley Concursal, debe decirse que los estímulos que pueda haber en esta regulación, están encaminados a que la insolvencia sea resuelta a través del concurso (del tipo que sea). Ahora bien, todo ello no obsta para que el ordenamiento o la doctrina guarden ciertas cautelas, o mantengan algún grado de desconfianza hacia el gestor que no ha sabido manejar su patrimonio. La promoción de la institución concursal en momentos tempranos de la situación económica desfavorable puede ayudar a dotar de efectividad el objetivo de conservación de la empresa. Sin embargo, con buen criterio, el Profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (R.), se preocupa por esta cuestión, concluyendo que el procedimiento concursal no puede convertirse por la falta de sometimiento a un control riguroso *en un fraude para los acreedores ni en una vía de escape de los empresarios a sus propias responsabilidades*⁵³⁹. Por tanto, el incentivo al concurso se ha configurado como un arma de doble filo, que debemos tener prudencia a la hora de manejar.

2. Limitaciones patrimoniales: facultades de administración y disposición

Los efectos, principalmente limitativos de derechos, a los que se expone al deudor en el procedimiento concursal son de gran importancia. La insolvencia es una situación que *provoca una pérdida de crédito sobre sus posibilidades de actuación y, consiguientemente obliga a la adopción de medidas encaminadas a eliminar el riesgo de desaparición, disminución y ocultación de sus bienes y derechos*⁵⁴⁰. Todo ello se traducirá en restricciones respecto de la capacidad de obrar –en relación a su patrimonio– del concursado, que se podrán dar en mayor o menor medida cuando éste no ha sabido gestionar su economía correctamente, a cambio de un régimen especial de cumplimiento de obligaciones que cristalizará bien en convenio, bien en liquidación. La limitación de facultades del concursado se concibe desde diversos puntos de vista que a su vez funcionan como causas, y que deben interpretarse de manera conjunta y no aisladamente. Concretamente identificamos cuatro: expresa la desconfianza del ordenamiento hacia quien ha caído en insolvencia; implican una carga al deudor que

⁵³⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios... op. cit.*, pág. 41.

⁵⁴⁰ LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A., “Los efectos de la declaración de concurso (una primera aproximación a la disciplina contenida en la Ley 22/2003, de 9 de julio)”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 2008.

tiene como contrapartida la protección de los acreedores⁵⁴¹ (es la llamada finalidad conservadora); la injerencia en los derechos patrimoniales del deudor viene motivada por el incumplimiento de otros derechos, la satisfacción de créditos de los acreedores; y en último lugar y aunque se haya negado hasta la saciedad en la Ley Concursal, a la diferenciación entre régimen de intervención y régimen de sustitución que veremos en adelante, le corresponde una lógica sancionadora cuya incidencia en el procedimiento es mucho menor que en ordenamientos pasados, pero que existe desde el momento en que coexisten varios niveles de invasión en las facultades patrimoniales del concursado⁵⁴².

Son frecuentes en la doctrina los intentos por clasificar estos efectos con más subcategorías, distinguiéndose en algunos casos entre efectos patrimoniales (el régimen de sustitución o intervención principalmente, aunque también se suele recoger aquí el principio de continuidad de la actividad económica) y efectos personales⁵⁴³; mientras que en otros se diferencia entre efectos sustantivos (pudiendo ser éstos patrimoniales o personales) y efectos procesales (en aquellos procesos que tengan algún contenido patrimonial)⁵⁴⁴. Los efectos pueden sistematizarse de cualquier otra forma, pero éstas son las clasificaciones más seguidas. No obstante, y aunque sigamos nuestra propia clasificación⁵⁴⁵, para encontrarnos con la verdadera sustancia de esta parte de la normativa concursal analizaremos fundamentalmente el principal efecto que sobre el deudor tiene la declaración de concurso: la pérdida o limitación de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio.

⁵⁴¹ SELLER ROCA DE TOGORES, L., “Artículo 40”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014, pág. 175.

⁵⁴² Si la única finalidad fuera la conservación del patrimonio, se decretaría siempre la suspensión, que es más segura al devenir en una intrusión más intensa en la actividad patrimonial del deudor. No obstante, la existencia de estos dos niveles implica que el más riguroso de los regímenes responde entre otras cosas a una suerte de castigo para el deudor concursado.

⁵⁴³ CONTRERAS DE LA ROSA, I., “Efectos básicos de la declaración de concurso sobre el deudor en la nueva Ley Concursal. Especial referencia a la intervención o suspensión y su incidencia en la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 1836-1842.

⁵⁴⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A., “Los efectos...” *op. cit.*, págs. 2008-2023.

⁵⁴⁵ A saber: limitación de las facultades patrimoniales, restricción de derechos fundamentales, otras limitaciones y limitaciones propias de la persona jurídica.

Pero antes de ello es necesario señalar qué queremos decir con facultades de administración y disposición. *La expresión trata de abarcar todas las actuaciones del deudor de orden patrimonial, con una significación activa (ejercicio de derechos) y pasiva (asunción de obligaciones)*⁵⁴⁶. Se entiende que las categorías de uso, disfrute y disposición que de forma clásica integran el dominio de una cosa, suponen el contenido del derecho real pleno. Por tanto, tratando de asimilar esas categorías a la realidad concursal, podríamos decir que la disposición supone la enajenación o transmisión por cualquier título oneroso o gratuito así como la posibilidad de gravar la cosa; mientras que la administración sería asimilada a la asunción de obligaciones, amén del uso y disfrute, términos en los que se encierra el resto de facultades posibles dentro del ámbito del dominio de un bien –derecho real pleno–. Por lo tanto, en principio cualquier tipo de actividad con un tinte patrimonial va a estar vedada para el deudor concursado, que pasará a ser un espectador de su propia esfera económica.

Finalmente, cualquier tipo de restricción establecida en virtud de la LCon a dichas facultades cuenta con el contra-límite de que operará respecto de los bienes, derechos y obligaciones que integran el concurso, existiendo otros derechos que no van a formar parte del procedimiento concursal⁵⁴⁷.

2.1. Intervención y sustitución. Reglas de correlación

Dentro de la limitación patrimonial que puede sufrir el deudor concursado, como venimos expresando, existen dos modalidades⁵⁴⁸:

⁵⁴⁶ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., “Efectos del concurso”, Memento Práctico Concursal 2015 (coordinado por VILLORIA RIVERA, I. y ENCISO ALONSO-MUÑAMER, M.), Madrid, Ediciones Francis y Taylor, 2014, pág. 188.

⁵⁴⁷ Se trata de excepciones al principio de universalidad, que serán estudiadas en otro capítulo de este trabajo.

⁵⁴⁸ Vid. MONTÉS, V., “Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 11, 2007, págs. 13-15. Además, justificando la lógica de un tratamiento diverso y más benévolo para el deudor que no quiere seguir agravando su situación en perjuicio de sus acreedores que para aquél que dolosamente (en nuestra opinión, también mediando negligencia) mantiene una situación patrimonial que es insostenible en el tiempo, PÉREZ DE LA CRUZ, A., “Efectos de la declaración de concurso”, *La reforma de la legislación concursal española. Estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio* (coordinado por DE MARTÍN MUÑOZ, A. J.), Madrid, Dykinson, 2004, pág. 96.

La *intervención*, para la que el artículo 40.1 LCon establece la necesaria autorización o conformidad⁵⁴⁹ de la administración concursal respecto de los actos del concursado para que sean eficaces. En este caso, la iniciativa la sigue manteniendo concursado, de manera que a lo que se somete al deudor es a una suerte de control previo o *ad hoc* por parte de la administración concursal. Se diferencian así autorización y conformidad en el momento en que se da la convalidación: previo al acto de disposición o administración en la autorización; y posterior en la conformidad. No especificándose en la Ley Concursal nada al respecto, entenderemos que mientras la conformidad puede ser tácita, bastando la falta de oposición de la administración concursal a los actos del concursado; la autorización debe ser expresa⁵⁵⁰ pues sería difícil imaginar una convalidación previa al acto en cuestión sin un contenido visible ni fundamentación en que apoyarse.

La *suspensión*, que supone la imposibilidad de que el deudor realice actos dispositivos o de administración sobre el patrimonio que forma parte de la masa activa ni por sí mismo, ni a través de representantes. Aquí el concursado es sustituido, perdiendo toda posibilidad de iniciativa con respecto a los bienes que son objeto del concurso. Esta figura ha sido entendida en ocasiones por la doctrina como una “sustitución”⁵⁵¹, término que se usa frecuentemente (y aquí se ha usado) a este respecto, por lo ilustrativo que es en relación con las facultades que adquiere la administración concursal. Sin embargo, otro sector opina que la “representación legal” (en este caso en favor de terceros) es la única explicación plausible a dichas potestades⁵⁵², desechando el término sustitución. La suspensión es el sistema más severo, reservado para los casos en

⁵⁴⁹ Se entiende que tal declaración de voluntad puede ser emitida por cualquier medio y en las condiciones que crea oportunas la administración concursal, no pudiendo excederse de sus facultades con respecto al patrimonio del concursado.

⁵⁵⁰ GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento... op. cit.*, pág. 290. No obstante, otros autores admiten el consentimiento tácito en cualquiera de las vertientes de la convalidación dada la falta de exigencia de forma en la LCon, entre otros: SELLER ROCA DE TOGORES, L., “Artículo 40”... *op. cit.*, pág. 176.

⁵⁵¹ *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios... op. cit.*, pág. 360.

⁵⁵² A esta tesis aportan, entre otros: MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Facultades patrimoniales del deudor”, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, Civitas, 2004, pág. 785 (citada por PARRA LUCÁN, M^a. A., “Las limitaciones del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores”, *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº 1, 2009, nota 14); y MONTÉS, V., “Alteraciones...” *op. cit.*, pág. 16.

que se constata el dolo o la absoluta falta de diligencia del concursado. Además, es el régimen previsto, por motivos obvios, para el concurso de la herencia yacente, donde el sistema que se aplicará de forma obligatoria es la sustitución (artículo 40.5 LCon). A pesar de perder el deudor la iniciativa en relación a la administración de su patrimonio, mantiene la propiedad de sus bienes pues se trata de una sustitución *ex lege* en el ejercicio de determinadas potestades, sin transmisión de la titularidad de éstos en ningún momento de la fase común del concurso⁵⁵³.

Ambos regímenes guardan una correlación también ya adelantada con los conceptos de concurso voluntario (régimen de intervención) y concurso necesario (régimen de suspensión o sustitución). Sin embargo, ésta reciprocidad no se da en todos los casos. Los artículos 40.3 y 40.4 LCon, concretando una manifestación de la flexibilidad de la que se ha querido dotar al concurso⁵⁵⁴, se encargan de establecer la posibilidad para el Juez, tanto de “acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario” (siempre con la motivación debida); como de variar el régimen de uno a otro durante el procedimiento, respectivamente. No obstante, la desafectación entre ambos conceptos es mínima. El análisis empírico de MORENO SERRANO⁵⁵⁵, arroja luz sobre esta cuestión, demostrándose que en muy pocos casos los Jueces se apartan de las reglas de correlación contenidas en los artículos 40.1 y 40.2 LCon. En concreto, solo en un 7,89% de las 114 resoluciones que analiza el citado autor, se produce alguna distorsión de las reglas de correlación (ya sea por la atribución de un régimen que en principio no se prevé para un deudor de esa clase, o por la modificación del régimen durante el procedimiento). Pero los datos utilizados en tal estudio llegan hasta el año 2008, de manera que se ha preferido presentar aquí, del modo más sencillo posible, estos datos para fechas más próximas, en concreto se contempla el año 2014:

⁵⁵³ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., “Efectos del...” *op. cit.*, pág. 190.

⁵⁵⁴ MONTÉS, V., “Alteraciones...”, pág. 11.

⁵⁵⁵ MORENO SERRANO, E., “La aplicación del art. 40 LC en la jurisprudencia”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 8, 2008, págs. 333-340.

Distribución de concursos por identidad del solicitante y control al inicio del procedimiento				
	Concursos Necesarios		Concursos Voluntarios	
	Número	Porcentaje	Número	Porcentaje
Suspensión	278	84,24	772	15,15
Intervención	52	15,76	4.323	84,85
Total	330	100,00	5.095	100,00

Fuente: *Estadística concursal. Anuario 2014*⁵⁵⁶; Elaboración propia.

Cambios de control en concursos en tramitación		
Concursos que se inician como suspensión		
	Número	Porcentaje
Se mantiene la suspensión	1.446	100,00
Se cambia a intervención	0	0,00
Total	1.446	100,00
Concursos que se inician como intervención		
	Número	Porcentaje
Se cambia a suspensión	19	0,22
Se mantiene intervención	8.542	99,78
Total	8.561	100,00

Fuente: *Estadística concursal. Anuario 2014*⁵⁵⁷; Elaboración propia.

Como puede verse, son mínimos los casos en que los Jueces se separan por un motivo u otro de las reglas de correlación una vez iniciado el procedimiento: el cambio en el régimen de limitación de las facultades del deudor en 2014 ha sido inexistente de suspensión a intervención; y casi inapreciable de intervención a suspensión (no llega al 1% de los casos).

⁵⁵⁶ VAN HEMMEN ALMAZOR, E., *Estadística concursal. Anuario 2014*, Madrid, -coordinado y editado por- Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2015, pág. 52.

⁵⁵⁷ VAN HEMMEN ALMAZOR, E., *Estadística concursal... op. cit.*, pág. 53.

Sensiblemente mayor es el porcentaje de concursos en los que el Juez, desde el inicio, siendo voluntarios decreta suspensión (15,15%) o viceversa (15,76%). No obstante, la tendencia más clara años atrás⁵⁵⁸, dándose aproximadamente en uno de cada cinco casos de concurso necesario, era la decisión del Juez de considerar como régimen aconsejable para el deudor el de intervención y no el de sustitución (que correspondía). Los motivos que estaban detrás de esa “desviación” eran de diverso orden, pudiendo identificarse algunos de ellos: la existencia de una solicitud de concurso voluntario posterior a la presentada por un acreedor u otro legitimado, pero antes de haber sido el deudor emplazado por ello; la complejidad de la actividad desempeñada por el concursado; y la posible acción del conglomerado accionarial de la sociedad deudora, que en determinadas crisis puede ser un importante soporte para ésta⁵⁵⁹. En cualquier caso, los últimos datos han matizado esta diferencia, siendo actualmente casi idéntico el número de concursos a los que el Juez impone la sustitución en el concurso voluntario o la intervención en el concurso necesario, es decir, el régimen que en principio no le correspondería.

Por tanto, aunque la ruptura con la reglas de correlación “concurso voluntario/régimen de intervención” y “concurso necesario/régimen de sustitución” es más frecuente desde el inicio del procedimiento que a través de un cambio en el sistema de limitación de las facultades patrimoniales una vez iniciado, su incidencia es reducida. Actualmente, ni siquiera una quinta parte de los procedimientos concursales albergan algún tipo de discordancia con las reglas de correlación expresadas.

⁵⁵⁸ Así se pone de relieve en el análisis estadístico de los años anteriores: 21,09% en 2013, 17,20% en 2012, 22,69% en 2011, 21,78% en 2010. Además, era clara la brecha entre los casos en que se decreta la suspensión en un concurso voluntario y la intervención en un concurso necesario (a favor de éste). *Vid*, VAN HEMMEN ALMAZOR, E., *Estadística concursal. Anuario 2013*, Madrid, -coordinado y editado por- Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2014, pág. 50; *Estadística concursal. Anuario 2012*, Madrid, -coordinado y editado por- Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2013, pág. 50; *Estadística concursal. Anuario 2011*, Madrid, -coordinado y editado por- Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2011, pág. 51; *Estadística concursal. Anuario 2010*, Madrid, -coordinado y editado por- Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2011, pág. 49.

⁵⁵⁹ MORENO SERRANO, E., “La aplicación...” *op. cit.*, págs. 337-338.

2.2. Actos anulables

Las –llamémoslas así– restricciones a la capacidad de obrar del deudor en relación a su patrimonio, no suponen una limitación *per se* de las facultades del concursado, sino que los actos que sobrepasen los límites establecidos pueden ser impugnados (únicamente por la administración concursal), siempre y cuando no hubiesen sido convalidados en los términos del artículo 40.7 LCon. Ello quiere decir que los actos de disposición del deudor posteriores a la declaración de concurso no son nulos de pleno derecho, sino que cabe la posibilidad de que sean tanto convalidados como anulados, siguiéndose las reglas establecidas a tal efecto. La categoría aplicable a estos actos es por tanto la anulabilidad⁵⁶⁰. El propio precepto señala que, a pesar de no tratarse de actos nulos de pleno derecho, no procederá su inscripción en registros públicos en tanto no hayan sido convalidados. Existiendo tal actividad por parte de la administración concursal y extrapolando la interpretación de la actual doctrina civilista y en concreto de la Profesora RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN⁵⁶¹, el acto quedaría subsanado, limpio y a salvo de toda posibilidad impugnatoria en el sentido que se ha expresado.

A riesgo de tratar cuestiones que ya hayan podido ser inferidas, hay que señalar que los actos que pueden sufrir la pérdida de eficacia (por anulación de éstos), son aquellos que supongan disposición o administración⁵⁶², en nombre del concursado, de

⁵⁶⁰ Así lo admite también, DÍAZ MORENO, A., “La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 1881-1883. En relación al concepto de anulabilidad debemos señalar que decía DE CASTRO: *Se viene llamando negocio jurídico anulable aquel cuya invalidación depende tan sólo del ejercicio de la acción de impugnación* (DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 497). Más recientemente, señala RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN: *El negocio anulable, en tanto reúne los elementos esenciales requeridos legalmente, produce todos los efectos que le son propios si bien su eficacia es claudicante o provisional, está pendiente de que la persona, a quien se reconoce el poder de impugnar, ejercite o no la acción de impugnación; si lo hace dentro del plazo establecido al efecto, procederá la destrucción de los efectos negociales, en otro caso el negocio deviene definitivamente eficaz e inatacable*. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “Ineficacia del negocio jurídico”, *Curso de Derecho civil I. Parte general y Derecho de la persona* (coordinado por SÁNCHEZ CALERO, F. J.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 348.

⁵⁶¹ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “Ineficacia...” *op. cit.*, págs. 349-350.

⁵⁶² Sobre los actos de administración y sobre todo de disposición se encarga con amplitud DÍAZ MORENO, A. *Vid. Supra.*, págs. 1850-1856.

bienes o derechos que integren la masa activa. Esta última, es una exigencia del artículo 40.6 LCon, que debe ponerse en relación con otros artículos de la Ley para entender que las limitaciones patrimoniales solo caben respecto de bienes, derechos y obligaciones que estén dentro de la masa concursal⁵⁶³ (y en su caso los que correspondan al deudor de la comunidad conyugal); detrayendo de ellos los bienes inembargables, los buques y aeronaves en determinadas condiciones (art. 76.3 LCon), los bienes y derechos de propiedad ajena (art. 80.1 LCon) y otros similares⁵⁶⁴. Particularmente, los efectos restrictivos que suponen la suspensión/intervención del patrimonio concursado se dejan ver en acciones como: condonación de deudas, compensación de obligaciones, resolución, denuncia y suscripción de contratos, renuncia de derechos, novación, concesión de prórrogas, realización y recepción de pagos, etc⁵⁶⁵.

La acción de anulación es un mecanismo procesal que en nada puede equipararse a la acción rescisoria concursal o de reintegración (artículo 71 LCon), puesto que no se ponen en tela de juicio las actuaciones llevadas a cabo por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso, sino precisamente aquellas desarrolladas después de ésta. Enfatizando las diferencias entre ambas figuras, entendemos que en la acción de anulación no se valora si existe un perjuicio para la masa⁵⁶⁶; simplemente se trata de constatar que se ha respetado el sistema impuesto artificialmente al deudor con respecto a sus facultades de administración y disposición del propio patrimonio. Esta acción queda extinguida, como se ha dicho, por la convalidación del acto⁵⁶⁷ o por caducidad (cuyo plazo es de un mes desde la fecha del requerimiento, siempre que no se cumpla antes el convenio o finalice la fase de liquidación).

⁵⁶³ Los derechos personales son indisponibles.

⁵⁶⁴ *Vid.* MONTÉS, V., “Alteraciones...” *op. cit.*, págs. 20-21.

⁵⁶⁵ DIAZ MORENO, A., “La ineficacia...” *op. cit.*, pág. 1851.

⁵⁶⁶ SELLER ROCA DE TOGORES, L., “Artículo 40”... *op. cit.*, pág. 178.

⁵⁶⁷ Con un mecanismo paralelo al del artículo 1311 CC en lo que se refiere a la nulidad de los contratos (“La confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo”) *Vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., “Efectos del...” *op. cit.*, pág. 191. El paralelismo para estos autores va más allá, considerando que en cuanto a los efectos de la anulación, es aplicable pese a la falta de una remisión expresa, el régimen general contenido en los artículos 1300 y siguientes del Código Civil.

También cabe decir que la legitimación para ejercitar la acción de anulación con respecto a acciones que excedieran de los límites que el Juez establece en el marco de un concurso, está restringida a la administración concursal (art. 40.7 LCon). El legislador parece haber considerado que este órgano encarna el interés concursal en el procedimiento, de manera que por una cuestión de orden y economía procesal es el único legitimado.

2.3. Elemento temporal

Otro aspecto que debe destacarse de la limitación patrimonial del concursado, es el elemento temporal. Resulta básico establecer desde qué momento surte efectos el concurso de acreedores, congelando la esfera económica del deudor. Habiéndose caracterizado la declaración de concurso como un acto constitutivo, no se puede estar de acuerdo con el sector doctrinal que entiende las limitaciones del concurso desde el momento en que se constata la insolvencia, traduciendo tal acontecimiento al momento de la declaración de concurso por las dificultades para probar aquél⁵⁶⁸. Negando esa concepción, la dificultad estriba en la confusión que introduce el segundo párrafo del artículo 44.2 LCon: “sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el Juez al declarar el concurso, hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado”. Pudiera tras su lectura, dudarse en cuanto al momento en que son efectivas las restricciones sobre el patrimonio del concursado. No obstante, DÍAZ MORENO⁵⁶⁹ señala que no debemos entender que en tanto los administradores concursales no hayan aceptado el cargo, no rigen aun las limitaciones sobre sus facultades. El régimen de intervención/sustitución se inicia con la declaración de concurso, que como acto constitutivo, crea una situación jurídica nueva para el deudor cuya eficacia será *erga omnes*, es decir, todos quedarán condicionados por tal realidad. Lo que el segundo párrafo del artículo 44.2 intenta hacer es asegurar que, en el breve espacio de tiempo entre la declaración de concurso y la aceptación de los administradores, no se produzca la congelación absoluta de la actividad del concursado,

⁵⁶⁸ Así opina PARRA LUCÁN, M^a. A., “Las limitaciones...” *op. cit.*

⁵⁶⁹ DIAZ MORENO, A., “La ineficacia...” *op. cit.*, págs. 1848-1850.

con los efectos perjudiciales que ello tendría para la masa. Se trata de una doble garantía: por un lado la de la actuación del deudor sobre su patrimonio para que éste no quede desatendido en ese lapso de tiempo; y por otro la del Juez que, siempre desde una situación de superioridad, puede a través de medidas cautelares asegurar el resultado del proceso. Así, como una prescripción finalista y que trata de proteger la masa entiende GONZÁLEZ CANO⁵⁷⁰ el artículo 44.2 LCon, extendiendo su interpretación a cualquiera de los dos sistemas –intervención y sustitución– con el objeto de no provocar un déficit de protección en el patrimonio suspendido con respecto al intervenido. Siendo ésa la exégesis más lógica del precepto, de nuevo cabe criticar la técnica de la Ley Concursal, que recoge el párrafo transcrito más arriba dentro de un apartado dedicado al régimen de intervención y no en un apartado distinto, o bien común a ambos regímenes.

En nuestra opinión, esta tesis aunque resulta acertada puede ser completada. Es cierto que las facultades del concursado quedan limitadas desde el momento del auto de declaración de concurso, sin embargo, los regímenes de intervención o suspensión necesitan de la administración concursal para cobrar sentido, pues se configuran como un apoyo a la falta de capacidad del deudor. En ese espacio temporal, en que ha recaído la declaración, pero el administrador no ha aceptado aun sus funciones, encontramos el elemento de la “falta de capacidad” pero no su complemento. Por tanto, no tiene sentido hablar de régimen de intervención/suspensión hasta que no se ha producido el nombramiento de los administradores concursales. El lapso al que hemos hecho referencia, se configura como una situación un tanto *sui generis*, en que cobra mucha importancia (más si cabe) los principios que ordenan el procedimiento concursal, así como la conservación y buena gestión de la masa activa, a falta de la necesaria acción del órgano de administración del concurso.

2.4. Implicaciones de la limitación patrimonial: naturaleza del concursado

Las limitaciones patrimoniales que sufre el deudor concursado van a tener una importantísima incidencia en su estatuto jurídico. Tanto es así, que en razón de aquéllas nos vamos a plantear la naturaleza del nuevo estatus adquirido con la declaración de concurso. La necesidad de categorizar las consecuencias de dicho acto constitutivo de

⁵⁷⁰ GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento... op. cit.*, pág. 293.

una nueva situación jurídica y, de esa situación jurídica en sí, nos obligan a realizar, habiendo estudiado las limitaciones patrimoniales, un análisis sobre el estatuto jurídico del concursado. Para ello, y por una cuestión metodológica, procedemos en los epígrafes siguientes a la investigación sobre este punto con una particularidad, el estudio comparativo de las figuras del concursado y del pródigo, en el entendido de que ambas figuras podrán ser entendidas conjuntamente en toda su extensión. El análisis simultáneo de estos dos perfiles tiene como virtud redimensionar la perspectiva concursal, permitiendo entender cuestiones que en un principio entran de lleno en el Derecho civil (como la capacidad) pero cuya relevancia en el ámbito del concurso quedará más que demostrada. A partir del pródigo, vamos a comprender con mayor facilidad qué supone para el estatuto jurídico del deudor la declaración de concurso⁵⁷¹.

a) Análisis comparativo de los perfiles de pródigo y concursado

El Código Civil vigente no define la prodigalidad, quedando en nuestro ordenamiento las pocas referencias a la figura encuadradas en la norma procesal civil (Título I del Libro IV de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que derogó en su mayor parte los preceptos del Código Civil relativos a la prodigalidad⁵⁷²). Recurriendo a la doctrina, encontramos varias definiciones de “pródigo”, quien puede entenderse como *aquel que como consecuencia de una conducta económica negligente y desordenada, dilapida su patrimonio, amenazando su conservación*⁵⁷³; o acudiendo a su concepto gramatical, como hace O’CALLAGHAN: *disipador, gastador, manirroto, que desperdicia y consume su hacienda en gastos inútiles y vanos, sin medida, orden ni razón*⁵⁷⁴. No obstante, la institución ha quedado perfilada con más detalle gracias a la

⁵⁷¹ Vid., nuestro trabajo: GARCÍA ESCOBAR, G. A., “Naturaleza jurídica del concursado: un estudio sobre capacidad a la luz de la prodigalidad”, *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la dependencia y discapacidad* (dirigido por GARCIA GARNICA, M. C.), Madrid, Dykinson, 2014, págs. 297-316.

⁵⁷² FERRER VANRELL, M. P., “Conceptos jurídicos”, *La falta de capacidad. Las instituciones protectoras* (AAVV), Cuadernos Prácticos Bolonia, Madrid, Dykinson, 2009, pág. 168.

⁵⁷³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Madrid, Bercal, 2006, pág. 125.

⁵⁷⁴ Transcribiendo la definición de la Real Academia Española: O’CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho civil*, Tomo I (Parte general), Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, pág. 212.

jurisprudencia⁵⁷⁵ ya que como se ha dicho, no cuenta con una definición legal. Esto, otorga a la institución una gran *ductilidad* y falta de definición, que permiten un radio amplio de acción al Juez; encontrándose en lo holgado del concepto, un argumento en pos del arbitrio judicial, que no tiene por qué entenderse negativamente⁵⁷⁶.

Sin embargo, lo que aquí interesa de esta institución, que nace como una forma de protección a la legítima, pero que evoluciona hasta que en la reforma del Código Civil de 1983 pasa a configurarse para algunos como un estado civil y una forma de protección a la familia⁵⁷⁷, son las similitudes con el concurso de acreedores. Más adelante nos ocuparemos de si ésa es su verdadera naturaleza y cuáles han sido las principales líneas doctrinales a este respecto, sin embargo, analizando las semejanzas aludidas, se identifican a continuación algunas de ellas:

– En ambos casos estaremos hablando de un sujeto (pródigo o concursado) cuya gestión sobre su patrimonio ha sido negligente. La generalización puede parecer excesiva en el caso del concurso, pero operamos así en términos de mercado.

– Con ello se provoca un perjuicio para quienes guardan ciertos derechos respecto del pródigo/concursado. En el primer caso serán aquellas personas que estén en posición de reclamar alimentos al pródigo; mientras que en el segundo caso hablamos de los acreedores del deudor concursado.

– La existencia de esa obligación en relación a su familia o acreedores, es más, la existencia de familia o acreedores es un presupuesto básico. Ambas instituciones protegen derechos de personas que el ordenamiento entiende que no tienen que acarrear con la mala gestión del patrimonio de otra. Por tanto, no existe pródigo sin familia⁵⁷⁸ ni

⁵⁷⁵ Entre otras, SSTs (Sala de lo Civil): 9985/1988, de 17 de junio (RJ 1988/5114); 15077/1990, de 2 de enero (RJ 1990/1); y 13258/1991, de 8 de marzo (RJ 1991/2084). Particularmente ilustrativa es la STS de 25 de marzo de 1942, que pese a referirse a un régimen jurídico distinto y anterior al actual, define muy claramente la conducta del pródigo como: *conducta desarreglada de la persona que, por modo habitual, disipa o compromete seriamente su patrimonio ya por la propensión a gastos inútiles o desproporcionados a su situación económico-social, o bien por administrar sus bienes con descuido y ligereza, poniendo, con ello, en riesgo injustificado su caudal, en perjuicio de sus familiares más íntimos, cónyuges, descendientes o ascendientes.*

⁵⁷⁶ OSSORIO SERRANO, J. M., *La prodigalidad*, Madrid, Montecorvo, 1987, págs. 27 y 45.

⁵⁷⁷ O'CALLAGHAN, X., *Compendio... op. cit.*, pág. 213.

⁵⁷⁸ *Ibidem.*

concurtido sin acreedores. No son creaciones que castiguen la liberalidad o la insolvencia *per se*, sino solo cuando éstas van aparejadas de un riesgo para los titulares que ostentan los derechos mencionados (en un caso alimentos, en el otro un derecho de crédito). No se deben entender como figuras jurídicas punitivas por recortar facultades sobre el patrimonio, sino protectoras de aquellas personas a quienes se les trata de asegurar sus legítimas pretensiones.

– En la declaración judicial que constituye el estatus de pródigo o concursado se nombra a una figura especial, que va a tener como función principal completar la falta de capacidad de éste. Se dice completar de manera intencionada, porque el curador del pródigo no lo sustituye de manera total⁵⁷⁹. Ocurre lo mismo que tras la declaración de concurso voluntario, en dicho auto judicial además de nombrar a la administración concursal, se señala qué actos son los que quedan bajo supervisión o intervención de este órgano. De la misma forma, en la declaración judicial de prodigalidad, se expresan aquellos negocios jurídicos para los que el pródigo necesita el refrendo del curador.

– La iniciativa para obrar eficazmente sigue manteniéndola el concursado (en el concurso voluntario) o el pródigo, pero esos actos necesitan, para ser válidos, convalidarse por aquellos operadores jurídicos que el legislador ha previsto para ordenar la conducta patrimonial del sujeto en cuestión. De hecho, coinciden incluso en la terminología de este régimen de complemento de capacidad la Ley Concursal (artículo 40) y el Código Civil (artículo 288) cuando hablan del concurso voluntario y la prodigalidad respectivamente como un régimen de “intervención”. De la misma forma que el administrador concursal en el régimen de intervención, el curador del pródigo asiste y completa la capacidad de éste, pero no lo sustituye⁵⁸⁰, que sería lo que ocurriría con en el caso del concurso instado por un sujeto distinto al deudor (concurso necesario).

– Finalmente, ambas instituciones tienen carácter irretroactivo, sus efectos solo se dan respecto de los actos que tienen lugar tras un momento concreto. En un caso es la

⁵⁷⁹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, Madrid, Tecnos, 2012, pág. 255.

⁵⁸⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Los procesos sobre la capacidad de las personas en la nueva LEC”, *Actualidad Civil* (Sección Doctrina), La Ley, nº3, 2001, nota 59 (La Ley 17229/2001, pág. 53)

declaración judicial de concurso o en su caso nombramiento de la administración concursal (salvo una excepción, las acciones de reintegración del artículo 71 LCon); mientras que en otro es la demanda de prodigalidad⁵⁸¹.

b) Naturaleza jurídica del estatus de concursado: exégesis de su relación con el concepto de prodigalidad

Pero, ¿qué importancia tiene asimilar que el concursado es el pródigo de sus acreedores y el pródigo un concursado de sus alimentistas? El paralelismo es muy claro, sin embargo hay que buscar qué encaje teórico tiene tal aseveración. En este sentido, si el pródigo fuera un incapaz, podríamos tratar de esgrimir este argumento para calificar al concursado como un incapacitado parcial. De hecho, no es difícil sentirse tentado a ello por cuanto nos referimos a instituciones que inciden de forma tan clara la capacidad del sujeto. Además, no solo el efecto (la limitación de la capacidad en el ámbito patrimonial) sino también la solución que busca el ordenamiento es similar: el curador y el administrador concursal; dos figuras que vienen a traer al ámbito patrimonial corrupto por malas prácticas, la diligencia del buen padre de familia, del ordenado comerciante, o cualquier fórmula que se pueda buscar en Derecho para denominar al sentido común. En definitiva, tratamos de calificar una figura por analogía a otra de la que se ha escrito más en torno a su naturaleza.

Se puede adelantar que la postura mayoritaria tiende a separar al pródigo, figura que estamos tomando de referencia, del incapaz, por entenderse que aquél tiene una facultad de discernimiento suficiente como para considerarlo lúcido, aunque se haya optado por restringir su capacidad de obrar en algún sentido⁵⁸². No obstante, también pueden encontrarse, dentro de esta corriente mayoritaria, algunos guiños a las tesis que acercan la prodigalidad y la incapacidad. En este sentido destaca ROMERO COLOMA:

⁵⁸¹ Artículo 297 CC en relación a la prodigalidad; en relación al concurso, habrá que entender que su irretroactividad se la confiere también el propio Código Civil que en su artículo 2.3 recoge ésta característica como una regla general del ordenamiento. La LCon en su Exposición de Motivos dice que se opta por esta regla general salvo contadas excepciones que aparecen de forma expresa (como no podía ser de otra forma) en el articulado.

⁵⁸² Entre otros: OSSORIO, J. M., *op. cit.*, págs. 109 y ss; ÁLVAREZ LATA, N., “Artículo 297”, *Comentarios al Código Civil* (Coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 455.

la declaración de prodigalidad es algo diferente a la incapacitación, pero conserva determinadas características o notas comunes con la figura de incapacitación, aunque habría que subrayar que ni la persona declarada pródiga es una persona incapacitada, ni el pródigo es un presunto incapaz⁵⁸³. En un último grupo, están los autores que califican al pródigo como un incapacitado parcial, situándolo en un grado de capacidad restringida⁵⁸⁴. Tales interpretaciones son abonadas por el hecho de que la Ley de Enjuiciamiento Civil trata la declaración de prodigalidad en el capítulo intitulado “De los procesos sobre la capacidad de las personas”.

Por otro lado, con respecto al concursado y su posible condición de incapaz, también hay posiciones doctrinales divergentes en la doctrina reciente: HERBOSA MARTÍNEZ dice que *no existe una verdadera incapacitación, ni siquiera una restricción de la capacidad de obrar del concursado, sino una mera limitación de sus facultades patrimoniales, de administración y disposición de sus bienes*⁵⁸⁵; pero pueden confrontarse a esta concepción las ideas de MAIRATA LAVIÑA, que predica la incapacidad limitada, relativa o especial del concursado, reduciéndose la limitación a la capacidad de obrar o disponer en relación a determinados actos o bienes, no constituyendo una incapacidad general ni definitiva⁵⁸⁶. En relación a este tema, PAU deja constancia de la falta de un criterio unificado también en la doctrina clásica, donde algunos entienden que se trata de una limitación vinculada a un patrimonio, que afecta a la persona únicamente en cuanto titular del mismo, y que supone una limitación objetiva o real (URÍA); mientras que otros opinan que se trata de una *quasi-incapacitación* (BROSETA), o de una situación que se asemeja a la incapacidad (SÁNCHEZ

⁵⁸³ ROMERO COLOMA, A. M., “La prodigalidad y su problemática jurídica”, *Diario La Ley* (Sección Doctrina), nº 7890, 28 de junio de 2012. (La Ley 7015/2012, pág. 2).

⁵⁸⁴ En este sentido: O’CALLAGHAN, X., *Compendio... op. cit.*, pág. 214.

⁵⁸⁵ HERBOSA MARTÍNEZ, I., “Los efectos del concurso en la Ley concursal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº2, 2004, nota 22.

⁵⁸⁶ MAIRATA LAVIÑA, J., *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal* (dirigido por GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J.) Madrid, Dilex, 2003, págs. 282 y ss.

CALERO), o de incapacidad con algunos matices: limitada (PLAZA), atenuada (GARCÍA VALDECASAS) o dispositiva (ROCA SASTRE)⁵⁸⁷.

En este punto, podemos ir delimitando el ámbito en que debemos movernos para encuadrar las instituciones mencionadas. En nuestra opinión, no caben dudas sobre las diferencias radicales que existen entre el incapaz y el concursado o el pródigo. Basta traer aquí el tenor literal del artículo 200 del Código Civil: “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Si a ello le sumamos que el precepto anterior (artículo 199 CC) impide que nadie pueda ser declarado incapaz sin sentencia judicial basada en dichas causas, resulta sencillo determinar que cuando hablamos de la prodigalidad o del concurso de acreedores nos separamos de la institución de la incapacidad. Los sujetos que se estudian no cuentan, a priori, con deficiencias o enfermedades persistentes que les impidan gobernarse por sí mismos; de hecho, la concepción del pródigo como un demente es una cuestión ya superada, que tuvo predicamento en el Derecho romano, donde el *pródigus* se equiparaba al *furiosus*⁵⁸⁸. Desde entonces la concepción ha variado, lo que se ha materializado en reformas legislativas: antes de 1983, en el Código Civil el pródigo se encontraba plenamente incapacitado. De esta manera, no se corregía la ligereza patrimonial del pródigo a través de la curatela, sino a través de la tutela, institución que se reservaba (y se sigue reservado) para los completamente incapaces, cuyo grado de discernimiento (mínimo) hace aconsejable cercenar su capacidad de obrar más radicalmente⁵⁸⁹. Tras la reforma de 1983, la prodigalidad no se concibe como una causa de incapacidad. Por tanto, se separa de dicha institución, que queda encuadrada en el artículo 200 CC.

Ahora bien, si resulta relativamente sencillo negar la condición de incapaz del pródigo, y también del concursado, la cuestión se complica si traemos aquí el artículo 287 CC, que prevé la curatela además de en los casos que señala el artículo 286 CC

⁵⁸⁷ PAU, A., *Las limitaciones patrimoniales del concursado*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, págs. 14-15.

⁵⁸⁸ OSSORIO, J. M., *op. cit.*, pág. 29.

⁵⁸⁹ Por tanto, si la comparación establecida entre el pródigo y el concursado hubiera tenido lugar con anterioridad a 1983, dicho paralelismo tendría más sentido con respecto al concurso necesario (en vez del voluntario) donde la administración concursal sustituye al deudor, perdiendo éste la iniciativa en el ámbito patrimonial, configurándose una suerte de tutela sectorial.

(entre los que está la prodigalidad), para las personas que el Juez estime conveniente en razón de su grado de discernimiento, en el seno de un procedimiento de incapacitación. Es lo que se ha denominado incapacidad parcial, donde el sujeto presenta los perfiles principales del incapaz pero su cordura o madurez mental sugieren una institución de guarda que complete su capacidad, determinándose una limitación a la misma, más que una sustitución completa de la persona, que es lo que ocurre cuando el grado de autogobierno es nulo (incapacidad total).

El hecho de que al pródigo se le nombre un curador, que completa su capacidad en aquellos actos que no puede realizar (tasados judicialmente), en vez de un tutor que la sustituya en cualquier negocio jurídico –esquema que se repite para el deudor concursado en relación a la administración concursal–, no deja de ser revelador⁵⁹⁰. Incluso el régimen aplicable a los actos del concursado/pródigo guardan relación con los del incapacitado parcialmente: en ambos supuestos hablamos de anulabilidad y no de nulidad⁵⁹¹. Estamos tanto en estos casos, como cuando hablamos de personas dependientes, ante una institución, la curatela, *que carece de carácter sustitutivo y representativo de la capacidad de obrar de otro, limitándose a una función de complemento y asistencia*⁵⁹².

A pesar de todo esto, lo cierto es que no podemos admitir ni al pródigo ni al concursado entre los sujetos incapacitados parcialmente. Como se ha dicho, y en virtud de todo lo expuesto, resulta fácil sentirse tentado a realizar tal calificación porque de facto, y en sede de efectos, resultan instituciones muy similares. No obstante, hay diferencias que hacen irreconciliables las figuras estudiadas. Del análisis de la

⁵⁹⁰ En palabras de ALBALADEJO: *es evidente que la prodigalidad da lugar a una situación tan de incapacitación como la que pesa sobre los incapacitados sometidos a curatela*; citado por: RODRÍGUEZ-YNIESTO VALCARCE, A., *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona*, Pamplona, Aranzadi, 1990, pág. 69.

⁵⁹¹ *Vid.* Artículos 293 CC (para el curador) y 40 LCon (para el administrador concursal).

⁵⁹² MORENO TRUJILLO, E., “Protección de las personas con discapacidad: Guarda de hecho y tutela”, *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad* (dirigido por GARCÍA GARNICA, M.C.), Pamplona, Thomson Reuters, 2011, pág. 241; en este mismo sentido, pero refiriéndose a la prodigalidad (*El curador no es representante legal del pródigo, sino que su función es la de complementar su capacidad en aquellos actos de carácter patrimonial que la sentencia determine su intervención*), CORDERO CUTILLAS, I., “La falta de capacidad. Las instituciones protectoras. La prodigalidad, como conducta patrimonial desordenada. Su protección”, *La falta de capacidad. Las instituciones protectoras* (AAVV), Cuadernos Prácticos Bolonia, Madrid, Dykinson, 2009, pág. 133.

regulación de la falta de capacidad para obrar en el Derecho español, pueden extraerse dos características que harían separarse de tal ámbito al pródigo y al concursado, pese a que algunos autores hayan incluido (sobre todo al primero) entre los incapaces (parciales), a saber:

– Ausencia del elemento “falta de autogobierno”. De la misma forma que para declarar a una persona incapaz es necesario que las deficiencias que sufra sean persistentes, se requiere que éstas hayan determinado la pérdida de la facultad de gobernarse por sí mismo al supuesto incapaz. Es cierto que la declaración de incapacidad parcial reconoce cierto grado de discernimiento en favor del sujeto objeto del proceso, pero en cualquier caso, se entiende que sufre algún tipo de deficiencia o enfermedad que hace mella en su capacidad de entender y razonar, aunque no sea de manera total. Como hemos visto, el pródigo, y más aun el concursado, son figuras que no pueden considerarse como dementes (en una terminología obsoleta) o faltos de entendimiento⁵⁹³. Si esta condición fuera concurrente con la de pródigo o concursado, podría abrirse un proceso de incapacitación basado en el artículo 200 CC⁵⁹⁴, sin embargo, las instituciones que se analizan no determinan la falta de autogobierno en la persona, de manera que se diferencian así del incapaz en una cuestión básica.

– Protección de terceros. La institución de guarda (ya sea tutela o curatela), protege al incapaz⁵⁹⁵; mientras que el curador del pródigo y el administrador concursal son figuras concebidas para salvaguardar los derechos económicos de terceros que tienen relación con el sujeto al que se limita la capacidad de obrar. Se ha mencionado que no existiría pródigo sin alimentistas ni concursado sin acreedores. Esta afirmación no podría extrapolarse a los incapaces (ni totales ni parciales) puesto que el espíritu de la institución es proteger al supuesto incapaz y permitir que pueda desarrollar su

⁵⁹³ MONTSEERAT VALERO, A., “La prodigalidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1985; citado por: ROMERO COLOMA, A. M., “La prodigalidad...” *op. cit.*, págs. 8-9.

⁵⁹⁴ CALAZA LÓPEZ, S., “El proceso de prodigalidad: una nueva concepción como reto de la justicia civil ante la sociedad globalizada”, *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal -I Internacional-* (coordinado por NEIRA PENA, A., PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., y FERREIRO BAAMONDE, X.), 2012, pág. 320.

⁵⁹⁵ Esta nota característica es destacada por RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “El sistema tutelar”, *Curso de Derecho civil I Bis. Derecho de familia* (coordinado por SÁNCHEZ CALERO, F. J.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 107: *El beneficio del destinatario de la potestad de guarda es el principio rector en el ejercicio de las funciones tutelares.*

personalidad en las mejores condiciones posibles. Se vuelve a constatar una diferencia estructural, ya que, aunque la viabilidad de la actividad económica del concursado sea un objetivo de la Ley 22/2003, sin duda la principal razón de ser de la institución concursal es la satisfacción de los acreedores.

Pero entonces, si el concursado no puede ser considerado un incapaz en ninguna de sus formas, pero ve limitada o restringida su capacidad de obrar en el ámbito patrimonial, extremo que se puede afirmar con la simple observación de la realidad jurídica ¿cuál es la naturaleza jurídica de esta figura? Es la pregunta que ha motivado estas líneas y que sigue sembrando dudas, no obstante, la cuestión va tomando forma.

A estas alturas, también podemos sentirnos atraídos por la idea de acudir a teorías que se han esgrimido en la doctrina, probablemente en ese intento de búsqueda de su naturaleza jurídica; y que niegan la necesidad de la prodigalidad en el ordenamiento, ya que la protección de los alimentistas puede llegar a través de otros instrumentos del Derecho de familia⁵⁹⁶. Eso mismo podríamos hacer con respecto al concurso de acreedores, y señalar que su importancia es relativa al existir otros mecanismos de protección del crédito. Pero lo cierto es que se trata de un argumento simplista, que carece de razón. A veces en Derecho existe más de una manera de proteger algo que para el legislador es importante (el derecho de alimentos, la satisfacción del crédito), de manera que configura procedimientos e instituciones especiales para llegar al resultado que considera más justo. Por ello, no se debe acabar aquí, sino continuar identificando o siquiera proponiendo, la que puede ser la naturaleza jurídica del concursado. El estudio de su interés para el ordenamiento jurídico, es otra cuestión.

Con estos elementos, quizá lo más sensato sea pensar que el concurso de acreedores (y la prodigalidad, que ha servido de manera instrumental en este estudio) conlleva un estatuto jurídico *sui generis* que guarda relación con distintas instituciones, sin llegar a entroncar completamente con ninguna. Pero incluso con tal razonamiento podríamos tratar de dar una denominación a tan complicada situación en que el

⁵⁹⁶ SALVADOR CODERCH, P., “Comentario al artículo 294 del Código civil”, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coordinado por: AMORÓS GUARDIOLA, M. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, Tecnos, 1986, págs 725-731.

legislador ha puesto al operador jurídico. Con esa pretensión, cabe presentar tres posibilidades:

– El concurso de acreedores es una forma de incapacidad parcial impropia. Los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor son similares, a veces idénticos, a los de aquellos incapacitados parcialmente, a los que se restringe su capacidad de obrar en el ámbito patrimonial. Para ello, tendríamos que entender que ni el concursado ni el pródigo son incapaces, de forma que el adjetivo “impropia” se referiría a la asimilación de la institución concursal a la incapacidad, por razón no de sus causas, sino de sus efectos, que tienen tal similitud que hacen plantearse este encaje teórico.

– La institución concursal conlleva un *nuevo estado civil*. Se trata de una terminología que ya ha sido empleada por la doctrina, y que despierta un gran interés. En concreto, la Profesora GETE-ALONSO conceptualiza estos nuevos estados civiles como aquellos *a los que no se exige que cumplan la función de determinar la capacidad de obrar, sino fijar un estatuto jurídico personal propio y justificado que asegure el eficaz y pleno desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad (...)* Una primera aproximación conceptual a las condiciones civiles emergentes nos dice que son las *cualidades y situaciones personales que afectan a la persona física que atribuyen un estatuto jurídico diferenciado del ordinario que corresponde al resto de la población e implican una caracterización particular, generalmente de índole mixta para asegurar el libre e igual desarrollo de la personalidad y del ejercicio de sus derechos*⁵⁹⁷. Sin embargo, el concurso de acreedores no concuerda exactamente con esta nueva categorización ya que no cumple la característica de proyectarse en todos los ámbitos (personal y patrimonial) del sujeto; ni sirve para promocionar el desarrollo de la personalidad del sujeto, al contrario, es síntoma de desconfianza hacia el mismo en pos de los derechos económicos de terceros; y en cambio, sí implica una restricción sensible de la capacidad de obrar del concursado, al menos en el ámbito patrimonial.

– El concursado es un inhabilitado. Dadas las dificultades para encuadrar teóricamente la figura, podemos tratar de ver el proceso al que se somete al deudor como una suerte de inhabilitación. La dinámica de ésta sería similar a la pena que impide la gestión de patrimonio ajeno, pero en relación a bienes propios. Así, dentro del

⁵⁹⁷ GETE-ALONSO, M.C., “Capacidad de...” *op. cit.*, pág. 49.

ámbito privado, existen bienes jurídicos que el legislador trata de proteger; en este caso hemos hablado del derecho de alimentos y del derecho de crédito. Y en ambas ocasiones puede asegurarse que el ordenamiento jurídico lo que trata de hacer con las instituciones que se han estudiado, es otorgar una protección adicional a los titulares de tales derechos. Para ello, organiza procedimientos e instituciones especiales, que tienen una incidencia enorme en la realidad jurídica porque llegan incluso a limitar la capacidad de obrar de las personas. Tal intromisión en la esfera privada, solo puede ser justificada por la protección de un bien jurídico de especial valor. Visto así, probablemente la naturaleza jurídica del concursado esté cercana a la de un inhabilitado en el ámbito patrimonial. Ahora bien, la institución no deja de ser peculiar en el sentido en que determina restricciones en contra del titular del patrimonio que se trata de conservar, pero en relación a los derechos que sobre éste ostentan otras personas.

Finalmente, y por su originalidad y altura teórica, conviene destacar una última hipótesis, que en su día trató de dar respuesta a la naturaleza jurídica del pródigo. Fue puesta de manifiesto por RODRÍGUEZ-YNIESTO VALCARCE, que señalaba: *creemos que la prodigalidad en sí, la conducta pródiga, constituye un verdadero abuso del derecho de propiedad; que la declaración de prodigalidad y consiguiente sometimiento a curatela del pródigo persiguen la protección de un derecho patrimonial familiar: el derecho de alimentos y así mismo, y como consecuencia inmediata, que la declaración de prodigalidad es directamente constitutiva de un estado civil, el de pródigo, que conlleva una limitación de capacidad de obrar en el mismo, colocándole en situación de semicapacidad o capacidad intermedia y variable en función de la sentencia que declare la existencia de la prodigalidad y gradúe el funcionamiento de la curatela a tenor del artículo 298 CC*⁵⁹⁸. Esta teoría del abuso de derecho parte de algunos presupuestos especiales como la ruptura de identidad entre capacidad de obrar y estado civil. Su interés es claro, pero cuesta extrapolar esta tesis al ámbito concursal (por ello se separa de las anteriores), entendiéndose que faltan algunos elementos para que se dé el abuso de derecho, como la falta de réditos para quien realiza la acción que pretendemos calificar como abusiva; pues en eso se basa esta figura, en el daño sin beneficio para quien realiza la acción.

⁵⁹⁸ RODRÍGUEZ-YNIESTO VALCARCE, A., *La prodigalidad... op. cit.*, pág. 122.

c) Tesis de Martínez Flórez

A pesar de haber realizado aquí un análisis de los diferentes conceptos jurídicos implicados en la búsqueda de la categoría de estatus jurídico que podría corresponder al concursado, no podemos pasar por alto el estudio de MARTÍNEZ FLÓREZ⁵⁹⁹, cuya profundidad merece tratamiento separado. La autora realiza la investigación más completa sobre la relación entre la situación de concurso y la capacidad del propio concursado; revisando multitud de posiciones que aquí no se podrían tratar con profundidad, habiéndose recogido en el epígrafe anterior tan solo aquéllas que a raíz de nuestro propio análisis parecen más plausibles.

En este estudio se niega toda posibilidad no ya de incardinar el estatus de concursado entre las categorías que suponen la incapacidad de obrar de forma plena o parcial, sino el propio efecto sobre la capacidad de obrar de la declaración de concurso. De manera que se entiende que las limitaciones patrimoniales del concursado no constituyen una cualidad personal, propia o intrínseca al sujeto deudor, sino que éstas se refieren a una persona como titular de un patrimonio cuya característica es de una escasez tal que puede considerarse insolvente a su titular⁶⁰⁰. Por otro lado, se recuerda que existen determinados actos propios de la administración del patrimonio y que tienen por objeto la conservación de la masa que sí podrá llevar a cabo el concursado para evitar el deterioro o pérdida de bienes que integren aquélla. Igualmente, se señala que mientras la incapacidad es un estatus jurídico con vocación de permanencia en el tiempo, el concurso de acreedores es una situación de carácter temporal, abocada a desaparecer en el corto o medio plazo. Además, se esgrimen algunos argumentos ya utilizados aquí como: el hecho de que el concurso proteja principalmente a terceros (los acreedores⁶⁰¹) en lugar de a la persona a quien se restringen sus facultades (propio de la

⁵⁹⁹ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 6, 2005, págs. 65- 127.

⁶⁰⁰ Como corolario a esta idea, se señala que las limitaciones propias del incapaz se extinguen con la muerte, mientras que en el concurso se mantienen y despliegan efectos aún después de la muerte del deudor persona física a través del concurso de la herencia yacente. Además, el reconocimiento de la incapacidad del concursado llevaría a un importante desajuste en relación a la persona jurídica.

⁶⁰¹ Que se identifica con el interés concursal, de forma que se une a la amplia nómina de autores que entienden que el interés del procedimiento se traduce en la satisfacción de los acreedores. La autora trae a

incapacitación); o bien el ámbito de las restricciones, no suponiendo los regímenes de intervención y sustitución una limitación abstracta y general, sino especial y definida tanto por los bienes a los que afecta (la masa activa) como a las actividades a las que se refiere (administración y disposición)⁶⁰².

MARTÍNEZ FLÓREZ niega también otras tres ideas que han sido comentadas en este capítulo:

– En primer lugar, rechaza que el concurso pueda devenir en un estado civil sobre la base de diversos argumentos entre los que destacan, por un lado la afirmación de que en el Registro Civil no solo son inscritos hechos concernientes al estado civil, sino –según el artículo 1 de su Ley reguladora– aquellos otros que se determinen por Ley; y por otro, que la aceptación del estatus de concursado dentro del estado civil implicaría una concepción amplia de dicho concepto, que perdería su utilidad al poder compararse con otros de menos enjundia como condición o posición.

– En segundo lugar, aleja las figuras del pródigo y del concursado. De la misma forma que hemos realizado dicha comparación, se pregunta si la categoría de incapacidad restringida (aquí la hemos denominado parcial) que puede ser predicable respecto del pródigo es también aplicable al deudor concursal. En este sentido, y aun existiendo las similitudes ya analizadas por nuestra parte, se niega tal asimilación en el entendido de que el fundamento de las restricciones es muy diverso en uno y otro caso. Mientras que el pródigo es limitado en razón de una cualidad personal, el deudor concursado lo es por la situación de su patrimonio, insuficiente para cumplir determinados compromisos.

Finalmente, queda claro para la autora que la condición del deudor incurso en un procedimiento concursal no responde a una sanción. No en lo que se refiere a las

colación que ya en la Exposición de Motivos de la LCon se dice que ésta supone la “finalidad esencial del concurso”.

⁶⁰² Dejando a salvo tanto determinados actos como los de goce, y en todo caso el patrimonio personal del deudor que no forme parte del concurso (se recuerda aquí la existencia de bienes de naturaleza inembargable). En otras palabras, no está sometido a una inidoneidad abstracta. *Vid.* MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La declaración...” *op. cit.*, pág. 120. Igualmente, se señala que *las limitaciones que impone afectan al ejercicio de las facultades que forman el contenido de los derechos subjetivos (no a la facultad de contratar y obligarse)*.

limitaciones patrimoniales que sufre, cuya razón de ser es la protección de los acreedores y el aseguramiento de la masa activa que es necesario para tal fin. Si bien el análisis histórico de la institución puede arrojar otras finalidades del concurso, las limitaciones patrimoniales desde el punto de vista analizado siempre han sido producto del intento de garantizar los derechos de los acreedores. A este respecto, conviene matizar lo que a título propio hemos dicho previamente, puesto que convergemos con la autora en que la finalidad de estas limitaciones patrimoniales no es represiva, sin embargo, no deja de ser relevante el establecimiento de dos regímenes diferentes (intervención y suspensión) que en nuestra opinión denota un cierto carácter sancionatorio para el deudor que entra en concurso necesario (o bien motiva que cambien las reglas de correlación). No nos referimos tanto a la limitación patrimonial como a la existencia de un régimen a dos velocidades. A pesar de ello, con buen criterio determina MARTÍNEZ FLÓREZ que el carácter represivo ha sido claramente separado en la LCon del ámbito de la limitación de administrar y disponer del patrimonio, manteniéndose la posible inhabilitación de ejercer el comercio o administrar patrimonios ajenos a los casos de calificación del procedimiento como culpable y las restricciones en el ejercicio de la función pública a la apertura de la fase de liquidación⁶⁰³. Además, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal nos muestra la intención del legislador al decir claramente que los efectos represivos propios de la institución no se mantendrían en el “nuevo” texto legal. Con ello parece darse la razón al tan aceptado carácter no sancionador de nuestro Derecho concursal, que aquí pondremos en duda en otros puntos de la investigación y con relación a argumentos diferentes a los que nos ocupan ahora. Determina en este sentido el legislador que la inhabilitación se reserva para el concurso declarado como culpable.

Todo ello, dicha interpretación que es tanto doctrinal como oficial, pone en riesgo la nomenclatura utilizada en este estudio y en concreto la naturaleza del concursado que hemos calificado como un “inhabilitado”. No obstante, habrá de señalarse la polisemia del término inhabilitación, como bien hace la autora de referencia⁶⁰⁴. Si observamos con atención, la expresión es utilizada en multitud de

⁶⁰³ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La declaración...” *op. cit.*, págs. 96-97, nota 57.

⁶⁰⁴ Con un análisis extenso y pormenorizado: MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La declaración...” *op. cit.*, págs. 87, nota 39.

ámbitos y nuestro uso de la misma no ha sido casual. De hecho, ha sido su polisemia y su flexibilidad la que nos ha permitido calificar al concursado con todas las garantías. Por supuesto no hemos querido asimilar al concursado en la fase común del procedimiento con aquél que ha sido sancionado con la imposibilidad de administrar patrimonios ajenos tras un concurso culpable, desde luego que no. La inhabilitación nos ha servido para calificar al concursado precisamente por su volubilidad, conllevando quizá una categorización imprecisa o como se ha preferido en epígrafes anteriores, *sui generis*, pero sin el lastre de otras categorías de más significación jurídica como la incapacidad o el estado civil, que verdaderamente no se correspondían con la figura del concursado. Así es que no se ha incurrido en este caso en una confrontación ni con la interpretación que hace de sí misma la propia norma en la Exposición de Motivos de la LCon, ni con la doctrina citada.

d) Recapitulación

En definitiva, el concurso de acreedores ha sido calificado como un instituto jurídico que conlleva un estatuto especial, difícilmente asimilable a estructuras clásicas como los procesos de incapacidad o a construcciones más recientes como los *nuevos estados civiles*. Para llegar a tal conclusión, se ha hecho uso de otra figura, la prodigalidad, que por sus semejanzas debía quedar encuadrada en la misma categoría, como ha revelado el estudio de esas similitudes. No obstante, no ha sido sencillo entrar en el debate doctrinal acerca del perfil del pródigo, y aun menos dar un cariz comparativo a dicho análisis para llegar al objetivo deseado, la naturaleza jurídica del concursado.

Con esos elementos, finalmente se han expuesto algunas propuestas sobre qué es el deudor concursado. Todas contienen elementos interesantes que tienen relación con la mecánica del concurso de acreedores; como también puntos débiles que no encajan al cien por cien con el procedimiento concursal. Sin embargo, considerar al concursado como un inhabilitado es la opción más plausible; seguramente porque es la más abierta, la más *sui generis* (como se ha dicho anteriormente), o la más atípica si se prefiere. El hecho de que no haya una teoría tan desarrollada alrededor de la inhabilitación, a diferencia de lo que ocurre con el estado civil o los procesos de incapacitación, hace más sencillo encuadrar allí una institución que por lo que se ha podido observar, es

especial, única, comparable pero no identificable con nada de lo que tiene nuestro ordenamiento jurídico.

Pero hay que llamar la atención sobre algunas dificultades teóricas que surgen en el estudio de la naturaleza jurídica del concursado. El análisis realizado ha tenido en cuenta los procesos de incapacitación; y debía ser así porque, los efectos de ésta (cuando es parcial) y los que se derivan de la declaración de concurso son muy semejantes en el ámbito patrimonial que modulan y condicionan. De hecho, lo primero que se ha intentado es llevar al campo de la incapacidad tanto al concursado como al pródigo. Para ello había buenas razones: si el ordenamiento da una respuesta similar a dos situaciones diferentes, es muy posible que una y otra sean del mismo género. Por tanto, resulta extraño que las restricciones en la capacidad de obrar puedan disfrazarse de diferentes instituciones y sin embargo tengan un mismo tratamiento. Todo ello resulta más complicado cuando observamos las instituciones de guarda de nuestro ordenamiento. Aquí se ha dicho que un administrador concursal funciona de manera parecida a un curador. Pues bien, éste puede realizar su función sobre un incapacitado parcial, o sobre un pródigo, que no es un incapaz (ni total ni parcial). De manera que la confusión es clara: mismos efectos, mismo remedio (institución de guarda); pero diferente naturaleza.

Se certifica así que es necesario un profundo conocimiento de la capacidad de la persona para poder entender dónde va cada pieza en nuestro Código Civil. Resulta muy complicado, y poco funcional, que estos estatutos jurídicos no estén mejor definidos en cuanto a la relación que tienen unos y otros; o siquiera que el legislador no prevea diferentes remedios para situaciones que tienen causas y fundamentos de distinto orden, pero que sin embargo es fácil confundir en razón del tratamiento que se les ha dado.

3. Restricción de derechos fundamentales

Fuera de lo que son las limitaciones en las facultades de administración y disposición del patrimonio, destacan y merecen tratamiento separado las posibles restricciones que sufre el concursado en cuanto a algunos de sus derechos fundamentales. La importancia y el rango de los derechos que se limitan, elevan el

interés de esta parcela del Derecho concursal⁶⁰⁵. En un principio, la pretensión de este estudio era la de incluir este epígrafe dentro de lo que consideramos “otras limitaciones”, refiriéndonos por exclusión a todas las que no se identifican con la esfera de actuación en el ámbito económico del concursado. No obstante, tomando conciencia del nivel de intromisión que puede suponer el procedimiento concursal en el estatuto jurídico del concursado, conviene realizar separadamente algunas precisiones en relación a las posibles restricciones de derechos fundamentales.

El artículo 41 LCon realiza una remisión a la LORC, donde queda contenido el régimen aplicable⁶⁰⁶. De acuerdo con la LORC (art. 1.1), *los derechos fundamentales del deudor que pueden verse afectados por el concurso son los de secreto de las comunicaciones, libertad de residencia y circulación por el territorio nacional e inviolabilidad del domicilio*⁶⁰⁷. Estas medidas también pueden ser tomadas respecto de los administradores o liquidadores si el concursado es persona jurídica. Lógicamente, el rango constitucional de tales derechos tiene importantes implicaciones: por un lado que el ordenamiento concursal haya necesitado de una Ley Orgánica para limitarlos; y por otro, que para que su restricción sea conforme a Derecho, deban observarse las garantías que establezca la Ley de Enjuiciamiento Criminal o la norma que proceda para llevar a cabo tal actuación. Sobre el modo en que debe sustanciarse la imposición de las medidas limitativas de derechos, la LORC obliga a realizar un trámite de audiencia al Ministerio Fiscal. En este argumento, coincidimos con el sector doctrinal que señala la

⁶⁰⁵ Destacando la relevancia de tales derechos y por ende de su limitación en el ámbito concursal: DÍAZ MARTÍNEZ, M., “La dudosa constitucionalidad de la regulación legal de las medidas limitativas de derechos fundamentales del deudor en el proceso concursal”, *Estudios de Deusto*, volumen 59, nº 2, 2011, págs. 259-276.

⁶⁰⁶ En esta remisión existe una importante descoordinación *interlegislativa*. Mientras que la LCon habla de “efectos de la declaración de concurso” y por consiguiente se entiende que las restricciones de derechos fundamentales solo pueden aparecer desde el auto de declaración de concurso; la LORC señala expresamente la posibilidad de limitar tales derechos desde la admisión a trámite de la solicitud de concurso. En segundo lugar, la LCon se refiere a la correspondencia; siendo la LORC la que habla de intervención de las comunicaciones de forma más general. Detectando esta doble descoordinación, aunque minimizando su importancia por interpretar que cualquier conflicto entre ambas debe resolverse a favor de la LORC por ser el artículo 41 LCon una mera remisión sin contenido material, GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento... op. cit.*, págs. 315-316. A pesar de ello, sorprende la falta de coordinación entre dos normas promulgadas el mismo día y después de un largo proceso de elaboración conjunta de las mismas.

⁶⁰⁷ Sobre la cuestión, LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A., “Los efectos...” *op. cit.*, pág. 2017.

extrañeza que supone dicho trámite, siendo un órgano del Estado cuya actividad está casi exclusivamente circunscrita al ámbito penal⁶⁰⁸. No obstante, la misma doctrina ha reconocido la importancia de esta posible injerencia en el estatuto jurídico del concursado, existiendo otros casos en que la relevancia social ha determinado la actuación del Ministerio Fiscal (como por ejemplo el ámbito del Derecho de la competencia). Ésa es la principal tarea procesal en la imposición de medidas restrictivas de derechos fundamentales, aunque la doctrina haya aumentado las posibilidades interpretativas, haciendo dudar sobre la legitimación activa para solicitar dichas limitaciones por parte del Ministerio Fiscal⁶⁰⁹ (a pesar de no citarse expresamente en la LORC), o incluso entendiendo que existe trámite obligatorio de audiencia al deudor⁶¹⁰. Esta última interpretación no podría tener virtualidad por regla general puesto que, como expresan FERNÁNDEZ SEIJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, la audiencia previa podría comprometer el buen fin de la medida⁶¹¹. Es claro que en determinadas ocasiones como la intervención de las comunicaciones, la medida no va a ser igual de efectiva con el previo conocimiento del afectado.

Este “paquete” de posibles medidas restrictivas no son inventadas por nuestro Derecho concursal. De hecho, su régimen jurídico es fruto de la evolución y humanización del trato al deudor, manteniéndose en cierto modo como últimos vestigios de la prisión por deudas⁶¹², institución que ya hemos tratado en la parte histórica de la investigación. Antes de la promulgación de la Ley Concursal, el uso directo e indiscriminado de estas medidas manifestaba la naturaleza punitiva del procedimiento concursal. En 2003, se trató de introducir criterios racionalizadores en el empleo de tan importantes restricciones, de manera que aun existiendo posibilidad de limitar derechos fundamentales tales como la inviolabilidad del domicilio o la libertad de circulación, su *ratio* de aplicación no responde a un castigo. El elemento diferenciador respecto a ordenamientos pretéritos es la accesoriedad de este tipo de

⁶⁰⁸ No habiendo actividad punitiva, la actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento concursal puede sorprender. ASECIO, J. M., “El problema de la constitucionalidad de las medidas limitativas de derechos del concursado”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 17, 2009, pág. 266.

⁶⁰⁹ SELLER ROCA DE TOGORES, L., “Artículo 40”... *op. cit.*, pág. 178.

⁶¹⁰ GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento...* *op. cit.*, págs. 323-324.

⁶¹¹ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., “Efectos del...” *op. cit.*, pág. 196.

⁶¹² PÉREZ DE LA CRUZ, A., “Efectos de...” *op. cit.*, pág. 94.

medidas, que no se dan como un efecto necesario del procedimiento concursal⁶¹³, sino como una acción adicional, que responde a determinados objetivos pretendidamente justificadores de tales injerencias; por tanto evitando la lógica punitiva. Si bien es cierto que los objetivos perseguidos con estas restricciones son en gran parte idénticos a los que han motivado históricamente la limitación de derechos del concursado, con la LCon entendemos que ha desaparecido el criterio punitivo en defecto de una aplicación generalizada. El resto de motivaciones posibles adquieren más valor al tener que fundarse la medida en alguna de ellas.

Con carácter general, estas nuevas –por el valor otorgado a ellas con la LCon– aunque conocidas justificaciones de la limitación de derechos fundamentales del concursado se relacionan con el aseguramiento de la efectividad del proceso⁶¹⁴. Siendo éste el objetivo, quedaría expresado de manera poco concreta pues falta determinar qué es la efectividad del proceso. Se podría llegar a tal concepto apelando a diferentes realidades, que serían: la satisfacción de los acreedores, el correcto desarrollo del procedimiento concursal, la consecución de un convenio y continuidad empresarial del concursado, etc⁶¹⁵; no obstante, sobre la función del proceso concursal, que es una cuestión muy compleja (más aun después del número de reformas sufridas), solo estaremos en condiciones de discurrir cuando hayamos tratado todos los principios que lo integran.

Para apoyar por tanto la efectividad del concurso, estas restricciones de derechos fundamentales están destinadas de manera particular a favorecer actos de investigación; o bien suponen medidas cautelares para asegurar la permanencia del deudor y evitar su fuga. Con esta doble naturaleza y fundamento común, se caracterizan en la LORC las

⁶¹³ Es por ello que no compartimos la nomenclatura utilizada por la LCon en su artículo 41, que califica estas limitaciones como “efectos de la declaración de concurso”. En nuestra opinión, el término efecto alude o se asocia a una consecuencia necesaria, mientras que en este caso se trata de una posibilidad que solo debe darse cuando sea aconsejable y siguiendo las garantías suficientes para no implicar un simple castigo al deudor.

⁶¹⁴ ASECIO, J. M., “El problema...” *op. cit.*, pág. 265.

⁶¹⁵ Dice GONZÁLEZ CANO que para aplicarse el arresto domiciliario (que es una de las medidas previstas), resulta imprescindible que se derive un riesgo para *el concurso o para la masa activa o pasiva del mismo, o, en definitiva, para el proceso liquidatorio judicial en orden*. Quedando así clara la confusión existente acerca del sentido de la institución concursal. *Vid.* GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento... op. cit.*, pág. 320.

restricciones a derechos fundamentales en el concurso. Centrándose en las diferencias entre estas medidas, dice ASENCIO⁶¹⁶ que son *un conjunto de medidas, no coincidentes ni en su naturaleza ni en su finalidad que, no obstante ello, contempla de manera uniforme y a las que asigna unos mismos presupuestos generales*. Y es cierto que dentro de una motivación muy general de aumentar las posibilidades de éxito –sea cual sea el concepto de éxito concursal–, cada medida, con su propio objetivo, restringirá un derecho diferente.

Tanto la intervención de las comunicaciones (con garantía de secreto de aquellas informaciones ajenas al concurso) como la entrada y registro en el domicilio se refieren a actos de investigación. Por su parte, el deber de residir el deudor persona natural en la población de su domicilio es una medida de seguridad para evitar la fuga de aquél, es decir, para asegurar su comparecencia en el procedimiento. En todo caso y dada la naturaleza de los derechos que se pueden limitar, consideramos que en todo caso debe justificarse de forma concreta la medida a adoptar, señalándose los fines que se persiguen y el modo concreto en que éstos se conseguirán con dicha limitación. En definitiva, debe motivarse la decisión de manera adecuada y suficiente.

La intervención de comunicaciones aparece en el apartado primero del artículo 1 LORC, aunque también en el cuarto con una sistemática de nuevo difícil de comprender, que remite para la adopción de la medida a las condiciones impuestas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo insólito es que prevé dicha remisión solo para las comunicaciones telefónicas. No llegamos a comprender la naturaleza de dicha diferenciación, incluso entendemos como un amplio sector doctrinal⁶¹⁷ que se trata de una omisión que debe integrarse de modo que la remisión quede hecha en relación a cualquier tipo de comunicación.

Por su parte, la entrada y registro en el domicilio del deudor queda caracterizada en unos términos tan amplios que resulta imposible realizar aquí un análisis exhaustivo de los conceptos jurídicos indeterminados allí empleados. Se alude en el artículo 1.5 LORC, a la obligación de “basarse en indicios racionales de existencia de documentos de interés para el procedimiento concursal, no aportados, o en la necesidad de esta

⁶¹⁶ ASENCIO, J. M., “El problema...” *op. cit.*, pág. 267.

⁶¹⁷ Por todos, CORDÓN MORENO, F., *Proceso...* *op. cit.*, pág. 101.

medida para la adopción de cualquier otra procedente”. De nuevo aparece, aunque de forma mediata, el complicado concepto de interés del procedimiento o interés concursal, cuyo esclarecimiento sería uno de los mayores logros dentro de la disciplina. Pero a éste, se unen otros como “indicios racionales” o la “necesidad de la medida para la adopción de cualquier otra procedente”. Así, se perfila una medida donde la necesaria actividad de concreción torna en compleja, debiendo el Juez hacer uso de su facultad de libre valoración y ponderación de las situaciones en juego. No obstante, algunas de las expresiones utilizadas podríamos considerarlas reiteraciones innecesarias, pues devendrían de igual manera de la aplicación de las garantías constitucionales necesarias en la limitación de cualquier derecho fundamental, dentro o fuera del procedimiento concursal.

La última y más invasiva de las posibilidades no persigue, como ya se ha dicho, facilitar un acto de investigación sino asegurar el resultado del procedimiento, quedando más próxima a la idea de medida cautelar. Se trata de medidas limitativas del derecho de libertad, que olvidándonos de preceptos del viejo Derecho concursal, no responden a un trámite necesario en el procedimiento, sino que suponen una alternativa más. Es por este motivo que diferentes autores se han mostrado partidarios de explicar la naturaleza de estas restricciones considerándolas medidas de naturaleza civil⁶¹⁸. La restricción de este derecho responde a una cuestión puramente instrumental, donde se busca evitar la huida del concursado, asegurando que cumple con los deberes de colaboración y comparecencia establecidos en el artículo 42 LCon. Lo cierto es, que siendo no ya un castigo, sino un medio para garantizar el éxito del procedimiento, se duda sobre la proporcionalidad de las medidas que limitan la libertad del deudor; máxime cuando *el concurso, como tal, nunca termina con una resolución que acuerde este tipo de decisiones, impropias de los procesos civiles*⁶¹⁹. De hecho, habrá de mantenerse un cuidado especial y justificar con concreción los fines que obligan a llevar a término

⁶¹⁸ Incluso para el caso del arresto domiciliario, así lo afirman: FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., “Efectos del...” *op. cit.*, pág. 195.

⁶¹⁹ ASENCIO, J. M., “El problema...” *op. cit.*, pág. 302. El autor además destaca la instrumentalidad de la medida, señalando el mero riesgo de huida no justifica la restricción del derecho a la libertad del concursado, debiendo concurrir aquél con una necesidad concreta de colaboración por parte del deudor. Es ésta la que motiva la limitación y la que mantiene la medida dentro del respeto a la Constitución Española, alejándola de una mera sanción.

alguna de las restricciones permitidas de forma excepcional por el ordenamiento concursal. En este sentido señala ASECIO⁶²⁰ que, dada la naturaleza de la medida, no existen muchas posibilidades en el ordenamiento para asegurar el deber de residencia en el lugar de domicilio del deudor extrapolables al ámbito concursal. Se mencionan así la retirada del pasaporte, el depósito de una fianza, la obligación de comparecencia ante el Tribunal en determinados días, la colocación de dispositivos para controlar los movimientos del concursado o bien, como medida más restrictiva y que acoge expresamente la LORC, el arresto domiciliario.

Pero, ¿cuáles son específicamente los requisitos para el establecimiento de alguna de las restricciones señaladas? Además de las garantías de nuestro ordenamiento constitucional, que deben estar presentes en cualquier limitación de un derecho fundamental⁶²¹ en los términos en que han sido interpretadas fuera del ámbito concursal por la Jurisprudencia, la LORC en su artículo 1.3 establece los cuatro criterios que deben presidir la motivación de una decisión del Juez de lo Mercantil en el sentido de hacer uso de tan importantes potestades:

- “La idoneidad de la medida en relación con el estado del procedimiento de concurso;
- El resultado u objetivo perseguido, que se expondrá de manera concreta;
- La proporcionalidad entre el alcance de cada medida y el resultado u objetivo perseguido;
- La duración de la medida, con fijación del tiempo máximo de vigencia, que no podrá exceder del estrictamente necesario para asegurar el resultado u objetivo perseguido, sin perjuicio de que, de persistir los motivos que justificaron la medida, el juez acuerde su prórroga con los mismos requisitos que su adopción”.

⁶²⁰ *Ibidem*.

⁶²¹ Que ASECIO sitúa en la excepcionalidad, jurisdiccionalidad y la reserva de Ley. *Vid.* ASECIO, J. M., “El problema...” *op. cit.*, págs. 269-291.

4. Otras limitaciones

Además de los citados, a través de preceptos dispersos de la LCon se recogen otros efectos limitativos relevantes de la declaración de concurso con respecto al deudor. Algunos de ellos incluso aparecen en el capítulo dedicado a los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores, lo que resulta extraño puesto que se genera inseguridad y confusión. No identificándose con la limitación principal, la de administración y disposición sobre la masa, no dejan de ser restricciones o cortapisas a las facultades del deudor concursado. Comportando un tercer grupo de limitaciones sobre las facultades del deudor, no estrictamente patrimoniales, encontramos las siguientes:

– Imposibilidad para ser tutor, curador o defensor judicial si se ha abierto la fase de liquidación (Disposición Adicional Primera LCon).

– Disolución judicial de la sociedad de gananciales, que se da tras la inclusión de los bienes gananciales en la masa activa (art.77.2 LCon).

– Inhabilitación temporal al deudor de administrar de bienes ajenos o representar a cualquier persona si el concurso es calificado como culpable (art. 172.2.2º LCon).

– En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la legitimación para el ejercicio de acciones de índole no personal pasa a la administración concursal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá el propio deudor, quien no obstante precisa la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio (art. 54.1 LCon).

– En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero seguirá necesitando la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estima conveniente (para los intereses del concurso) la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el Juez del concurso podrá autorizar a este órgano para interponerla (art. 54.2 LCon).

5. Limitaciones propias de la persona jurídica

Para las personas jurídicas, la declaración de concurso cuenta con algunas especialidades de las que podemos destacar aquéllas que van a suponer una limitación en sus facultades, en sus derechos o en el modo de desarrollar su actividad. Antes de la Ley 38/2011, éstas estaban recogidas en el art. 48 LCon, sin embargo tras la reforma, se ha ampliado su regulación con los arts. 48 bis, ter y quáter LCon, a los que ya hemos hecho referencia en el capítulo dedicado al principio de unidad. Fundamentalmente, estos preceptos van a establecer normas que impliquen la pérdida de autonomía del concursado persona jurídica en favor de la administración concursal o de decisiones directas del Juez, que van a integrar la voluntad de la persona jurídica ante la limitación efectiva y funcional de sus órganos de gestión y decisión. Las restricciones que nos interesan en este apartado son: derecho de asistencia y voz en las sesiones de órganos colegiados para la administración concursal, que debe autorizar las decisiones con contenido patrimonial; libertad del Juez para reducir –incluso eliminar– la retribución del administrador de la sociedad; posibilidad de atribución al administrador concursal por parte del Juez, de los derechos políticos que corresponden a la sociedad en otras entidades; legitimación exclusiva de la administración concursal para el ejercicio de determinadas acciones (contra el socio, administrador, liquidador, desembolso de aportaciones sociales diferidas, acciones de responsabilidad, etc.).

Además, habría que mencionar aunque quizá no estrictamente como una limitación a las facultades del deudor persona jurídica, que la apertura de la fase de liquidación supone la “muerte” de ésta. La limitación sería total al provocarse la desaparición de la persona jurídica, pero es una cuestión que necesita matizarse. Se trata de una realidad ineludible, que el grueso de procedimientos concursales finalizan con una fase de liquidación. Ya hemos señalado en este trabajo que si bien esta fase no tiene efectos personales sobre el deudor persona natural, en el caso del deudor persona jurídica va a implicar la extinción de su personalidad; la liquidación es motivo de disolución de la sociedad⁶²². No se trata de una limitación en los términos expuestos anteriormente, aunque sus consecuencias cercenan de alguna forma –por completo– las

⁶²² Se acaba así con una cuestión mal resuelta por el anterior Derecho (art. 361 de la Ley de Sociedades de Capital, modificado por las disposiciones finales de la LCon). *Vid.* BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual... op. cit.*, pág. 592.

atribuciones de la personalidad jurídica. En el caso de que una sociedad liquide todos sus bienes para hacer frente a sus deudas en el seno de un procedimiento concursal, la nada patrimonial en que finaliza dicha operación justifica la obligación contenida en la LSC, de disolver la sociedad y eliminarla, ya que no está en condiciones de seguir produciendo y atendiendo a las razones de utilidad social que justifican la atribución de personalidad jurídica. Ello quiere decir que comparativamente, el proceso concursal tiene unos efectos limitativos con respecto a las personas jurídicas mucho más graves, ya que la liquidación comporta la muerte de éstas.

6. Justificación del uso del término principio en relación a la limitación de las facultades del deudor

En este capítulo se ha hablado de la limitación que sufre el deudor común en sus facultades como consecuencia de la aplicación del Derecho concursal. Sin embargo, la constatación de esas restricciones o cortapisas no tiene por qué determinar la existencia de un principio o idea fundamental en el procedimiento de concurso. A nuestro juicio es claro que existe tal axioma no por la mera existencia de limitaciones sino porque éstas cumplen tres importantes condiciones, cuales son:

– Las limitaciones a facultades propias del concursado suponen una forma de proceder recogida a lo largo de la historia y a lo ancho del mundo. El uso de estas fórmulas viene dándose desde siempre, independientemente del ordenamiento que queramos analizar. Por tanto, su raigambre en la institución concursal es profunda y ha caracterizado todo tipo de procedimientos concursales. Al deudor en el concurso o en cualquier otra formulación que haya tenido, se le despoja de diversas capacidades ya nos fundemos en la desconfianza, en la protección de los acreedores, en un castigo, o cualquier otra justificación. Pero lo que es común a todo procedimiento es, con mayor o menor incidencia, la limitación de facultades del insolvente.

– En segundo lugar, debemos considerar que la importancia de las facultades limitadas o restringidas implican una invasión en la esfera del deudor nada desdeñable. La intensidad de algunas de las intromisiones del ordenamiento concursal nos sitúan en una figura con importantísimas consecuencias para el estatuto jurídico del concursado. Estas limitaciones son uno de los motivos que dotan de interés e importancia al propio

procedimiento concursal, por tanto deben estar en la base de su estudio al comportar uno de los elementos más característicos de la institución.

– Finalmente, la naturaleza de las restricciones es diversa. El fenómeno al que aludimos se da en diversos ámbitos: desde potestades de administración y disposición del patrimonio, procesales y de legitimación, hasta la suspensión o intromisión en derechos fundamentales del concursado. No estamos hablando de un único sector del procedimiento en que tengan incidencia las limitaciones explicadas. Esto nos demuestra que la restricción de potestades del deudor es una medida recurrente, compartida por distintos espacios del concurso, encaminada por tanto a obtener fines diversos tales como la protección de los acreedores, el aseguramiento de los deberes de colaboración, la mejora de actos de investigación, etc. En este sentido, vamos a tomar la posición de considerarlas como un medio habitual de proceder en Derecho concursal para obtener distintos objetivos. El axioma se expande y no solo va a tener virtualidad en el ámbito patrimonial. Dejamos de considerar la limitación de facultades como una previsión de nuestra legislación concursal, y se convierte en todo un principio, que determina un modo de actuar en sede concursal ante diferentes amenazas.

VII. PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

1. Conceptos iniciales: patrimonio y masa activa

Se comienza el estudio de uno de los principios cuya delimitación utiliza elementos no estrictamente jurídicos. Por ello interesa, aunque sea de forma telegráfica, describir diversos conceptos que se deslizan entre lo económico y lo jurídico y que serán fundamentales para comprender nuestra propuesta interpretativa en cuanto a la universalidad de la institución concursal.

Entre esos conceptos o ideas básicas destaca el “patrimonio”. Resulta habitual la creencia de que el patrimonio del deudor queda encuadrado en la masa activa del concurso. Esto no es cierto, no por completo. El patrimonio del deudor contiene bienes y derechos, pero también deudas, de manera que será la yuxtaposición de ambas masas lo que dará como resultado el patrimonio del concursado. Coloquialmente se entiende que el patrimonio es igual a la masa activa, sin embargo, aquí solo hay saldos positivos para el deudor, cuando realmente la situación concursal ha venido dada por el exceso de saldos negativos, y que también forman parte de aquél. Hay que señalar que en líneas generales la masa activa sí se corresponde con el patrimonio activo del deudor. Por tanto, el término patrimonio activo se utiliza para evitar caer en ese error de obviar el pasivo del concursado cuando se hace referencia al concepto de patrimonio sin más precisiones, que es amplio.

Al hilo de esta cuestión terminológica conviene también explicar que a pesar de la idea de un sector doctrinal y jurisprudencial⁶²³ –que describe el principio de

⁶²³ Entre otros: VILLORIA RIVERA, I., “Masa activa”, Memento Práctico Concursal 2015 (coordinado por VILLORIA RIVERA, I. y ENCISO ALONSO-MUÑAMER, M.), Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2014, pág. 313; MARTÍNEZ GALLEGU, E., “Artículo 76”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014, pág. 287; ARIAS VARONA, F. J. “La delimitación de la masa activa del concurso”, *El concurso de acreedores* (dirigido por PULGAR EZQUERRA, J.), Madrid, La Ley, 2012, pág. 367; VÁZQUEZ PIZARRO, M. T., “La formación de la masa activa”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 513. En la Jurisprudencia, encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 322/2013, de 21 de mayo (RJ 2013/4956), FD 3º. En ella señala el Tribunal Supremo la existencia de *principios de universalidad de la masa pasiva y activa*, asimilando el término “integración”, utilizado en el artículo 49 LCon, con el de universalidad del artículo 76 LCon.

universalidad circunscrito tanto al ámbito del activo del concursado como del pasivo, esto es, sus deudas–, entendemos que el principio únicamente se adscribe a la operación de composición de la masa activa del concurso. Más adelante podremos expresar en mejores condiciones a qué principio se atiene la masa pasiva (integración), no obstante, nos interesa dejar constancia de la intencionalidad que preside la sistemática de este estudio. Es evidente que en el objetivo u objetivos del proceso concursal está el pago o satisfacción de todos y cada uno de los acreedores. Incluso podemos decir que la pretendida totalidad de los mismos se dirige hacia el deudor en un procedimiento específico que no pocas veces se ha denominado juicio universal. Sin embargo, encontramos algunos argumentos en contra de la admisión de la extensión del principio de universalidad a la parcela de la masa pasiva, entendiendo que se limita a explicar las actuaciones tendentes a componer exclusivamente la masa activa del concurso de acreedores:

– La falta de comunicación sobre un crédito desconocido por la administración concursal, sin entrar en el reformado régimen de la comunicación tardía de créditos y subordinación de los mismos ni en los plazos posibles para ello, puede determinar que ante dicho desconocimiento en el momento de conformación de la lista de acreedores o incluso posteriormente, no entre algún acreedor a formar parte de la masa pasiva⁶²⁴. Por tanto, propugnar la universalidad en este punto sería más forzada que natural.

– La eficacia del proceso concursal es normalmente limitada, lo que deriva en una situación indeseable como la concurrencia de acreedores de diferentes categorías que no van a ver satisfecho su crédito a pesar de su condición acreedora, dada la infame situación económica del concursado. La vocación de universalidad respecto de la masa pasiva del concurso volvería a ponerse en entredicho.

– En nuestra opinión, si bien la universalidad es la idea que supone un motor para componer las reglas que ayudan a determinar al masa activa; el fundamento teórico que nos ayuda a comprender la concurrencia del mayor número de acreedores posibles al juicio universal no es la propia universalidad, sino la integración. Más adelante analizaremos dicha cuestión, que se erige como otro de los principios concursales. Baste

⁶²⁴ Sobre la comunicación de créditos, comunicación tardía y subordinación de los mismos, *vid.*, artículos 85 y 92 LCon.

aquí decir, para justificar la aplicación del principio de universalidad únicamente a la determinación de la masa activa del concurso, que la conformación de la masa pasiva responde a otro principio diferente, la mencionada integración (vinculada a la idea de comunidad de pérdidas), que implica la subordinación de los acreedores a un proceso y a un orden preestablecido legalmente; no siendo la idea-motor en este ámbito la exhaustividad cuantitativa en la incorporación de los acreedores al procedimiento, sino el sometimiento de éstos, en renuncia forzosa a sus acciones singulares.

2. Universalidad: principio concursal inspirador de la conformación de la masa activa

Resulta fundamental en los epígrafes siguientes, realizar una panorámica sobre la composición de la masa activa del concurso. La Ley Concursal señala las reglas que nos llevan a incluir ciertos bienes y a separar otros, sin embargo, la manera en que lo hace ha dado lugar a diferentes esquemas en la doctrina. Existen distintas propuestas doctrinales que versarán no tanto sobre los conceptos componen la masa activa (cuestión tasada en la LCon), sino el lugar que ocupan los bienes en esta composición. Por tanto, lo que varía de un sector doctrinal a otro, es la sistemática con la que se trata la cuestión. Aquí se va a realizar un esquema que como podrá comprobarse bebe de diferentes fuentes.

El artículo 76.1 LCon establece el principio de universalidad con respecto a los bienes y derechos del patrimonio que conforman la masa activa. Pero existe un régimen de excepciones, supuestos especiales y categorías similares, que complican un poco la composición de la masa activa. Tal principio de universalidad será por tanto un primer paso, una aproximación inicial que necesita concreción; o al menos la enunciación de un debate sobre su efectividad. El contenido del principio consagrado en dicho precepto viene a cumplir con una exigencia habitual en cualquier Ley Concursal, como es la afectación de la totalidad de bienes del concursado a sufragar el juicio universal denominado concurso. El deudor “entrega” al procedimiento concursal todos sus bienes y derechos de contenido patrimonial. Sobre este particular entendemos que no existen demasiadas razones para elaborar un elenco de presupuestos en relación a los bienes que deben componer la masa activa. De hecho, el contenido del principio de universalidad, siquiera por una cuestión semántica queda suficientemente explicado con la enunciación de dicho axioma en el artículo 76 LCon. Aun así podemos redundar en él para decir que

para que un bien o derecho se incorpore a la masa activa en el marco de un proceso concursal debe estar bajo la titularidad del deudor, además de tener un contenido patrimonial que permita su realización.

Adelantándose el legislador a posibles problemas interpretativos, el primer apartado del precepto señala que además de los bienes a fecha de la declaración de concurso, también forman parte de la masa activa todos aquellos que se reintegren o adquieran por el deudor durante el procedimiento. Aquí la redacción de la norma comprende que el procedimiento concursal es dinámico, no siendo posible circunscribir la realidad patrimonial del deudor a un momento de redacción del inventario; al contrario, el valor de su patrimonio variará a lo largo de la tramitación del concurso pese a las prohibiciones de disponer ya explicadas. Más adelante veremos qué conceptos pueden hacer variar la composición de la masa activa durante concurso.

Para un importante sector doctrinal, este principio es una aplicación del artículo 1911 del Código Civil, que afecta al cumplimiento de las obligaciones todos los bienes del deudor, presentes y futuros^{625,626}. Desde esta óptica se identifica los “bienes presentes” del artículo 1911 CC con los “bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso” del artículo 76.1 LCon; y los “bienes futuros” (art. 1911 CC) con “los se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento” (art. 76.1 LCon). Se trata de una postura extendida en la

⁶²⁵ Por todos, CORDÓN MORENO, F., *Proceso... op. cit.*, pág. 187; ROJO A. y BELTRÁN, E., “Las masas activa y pasiva del concurso de acreedores”, *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirigido por MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen II, Pamplona, Aranzadi, 2014, pág. 549. Aunque de la última referencia, se podría decir que los mismos autores –en la misma obra–, señalan tras hacer alusión al régimen ordinario de responsabilidad patrimonial universal del CC: *Cuando, por el contrario, el deudor no puede cumplir regularmente las obligaciones a medida que devienen exigibles, ese Derecho general se sustituye por un Derecho excepcional en el que el interés colectivo prima sobre los singulares intereses de los acreedores*. ROJO A. y BELTRÁN, E., “Regulación jurídica...” *op. cit.*, pág. 493. Se trata de una idea que, como veremos, se ajustaría mucho más a nuestra interpretación sobre la autonomía de la responsabilidad universal en el marco del concurso.

⁶²⁶ En el tenor literal de los artículos 1911 CC y 76.1 LCon, encontramos que se obvia la palabra patrimonio, y se prefiere hablar de bienes y derechos, que realmente son la parte activa del patrimonio, esto es, lo que hemos denominado patrimonio activo.

doctrina, e incluso expresada en sus sentencias por algunos Juzgados de lo Mercantil⁶²⁷. Ciertamente, podemos encontrar el paralelismo que destaca este sector doctrinal y jurisprudencial, no obstante, tenemos algunas reservas en el sentido de aceptar el principio de universalidad en torno a la masa activa del concurso como una aplicación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor de nuestro Derecho civil. Hay que destacar de nuevo que el paralelismo es claro, pero no creemos que un régimen sea causa del otro. El Derecho concursal se está describiendo en este estudio como un agente deformador del Derecho de obligaciones común; en este sentido, cualquier parecido con el mismo, es fruto de todo menos de la causalidad. Los motivos que llevan al legislador a configurar tal principio de universalidad se circunscriben seguramente a la satisfacción de los acreedores, que también inspiran el artículo 1911 CC, pero queda claro que, en un Derecho que tiene los efectos que estamos describiendo sobre la esfera obligacional del deudor, dicha elección vendrá dada por un razonamiento autónomo, y no por la influencia del Derecho civil en materia de obligaciones. Quizá por los dos caminos se llegue al mismo destino, sin embargo resulta diferente el viaje, y en confundir el trayecto teórico corremos el riesgo y la tentación de acudir a criterios hermenéuticos o aplicación analógica de normas, en función de un supuesto fundamento común entre el Derecho civil (cuya aplicación solo puede ser supletoria en este campo) y el Derecho concursal. Éste supone la deformación probablemente más acusada de las reglas básicas y elementales del Derecho de obligaciones, y por tanto, aunque ambos “ordenamientos” den lugar a una misma solución en este punto, el motivo es el resultado esperado de la medida –la satisfacción–, y no la reproducción de una regla general en una parcela del Derecho que modifica con la profundidad que lo hace el concurso, la materia de obligaciones.

Consecuentemente, nuestra postura es que en la Ley Concursal de 2003 existe un concepto autónomo, el principio de universalidad, al que llega el legislador concursal por sus propios medios y que no es tributario ni supone la aplicación sectorial del artículo 1911 CC. De hecho, si fuera ese el caso, habría sido más sencillo a efectos de

⁶²⁷ *Vid:* Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Oviedo, 10/2005, de 1 de marzo (AC 2005/1022), FD 1º; y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº6 de Madrid, de 3 de noviembre de 2008 (AC 2009/1527), FD 8º.

redacción de la norma, señalar que en el proceso concursal rige el principio de responsabilidad universal patrimonial del deudor con algunas particularidades.

La idea de universalidad, en opinión de ARIAS VARONA⁶²⁸, es potenciada en la LCon dado el alto número de acreedores privilegiados que pueden concurrir en la tramitación de un procedimiento concursal. Tomando este razonamiento, la proliferación de acreedores con privilegios especiales o derechos de ejecución separada—de naturaleza singular—, podrían dejar en muchos casos a la masa activa en una situación muy poco proclive a hacer frente al juicio universal con unas mínimas garantías de satisfacción de los acreedores. Por tanto, desde este punto de vista la universalidad no es solo una exigencia de sentido común si hablamos de un juicio global, sino también un modo de incluir todos los elementos posibles en el activo del deudor, con el objeto de hacer frente a la masa pasiva ante la existencia de privilegios que agotan la masa activa antes de la terminación del procedimiento.

Pero es en la descripción de los límites del principio de universalidad donde pueden suscitarse mayores problemas y donde centraremos por tanto nuestro interés analítico. Las principales dificultades en torno al contenido del artículo 76 LCon, están en la descripción de aquellos elementos que escapan o que ponen en duda el principio general de universalidad, o bien en aquellos que aun cumpliendo con el mandato del artículo 76.1 LCon, vuelven al patrimonio del que habían salido en un modo que la Ley califica como perjudicial para la masa activa. A continuación se presentan las reglas especiales que completan el significado del principio de universalidad en la composición de la masa activa. Algunas de ellas son contrarias al mismo y se reputan como excepciones, mientras que otras no chocan frontalmente con el significado del axioma o incluso lo reafirman.

3. Reglas especiales en la composición de la masa

La determinación final de la masa activa del concurso, es decir, de los bienes y derechos con los que el deudor concursado responderá frente a una pluralidad de acreedores, responde al juego conjunto entre el principio general de universalidad y otras operaciones accesorias que en ocasiones matizan o modifican la vigencia de aquél.

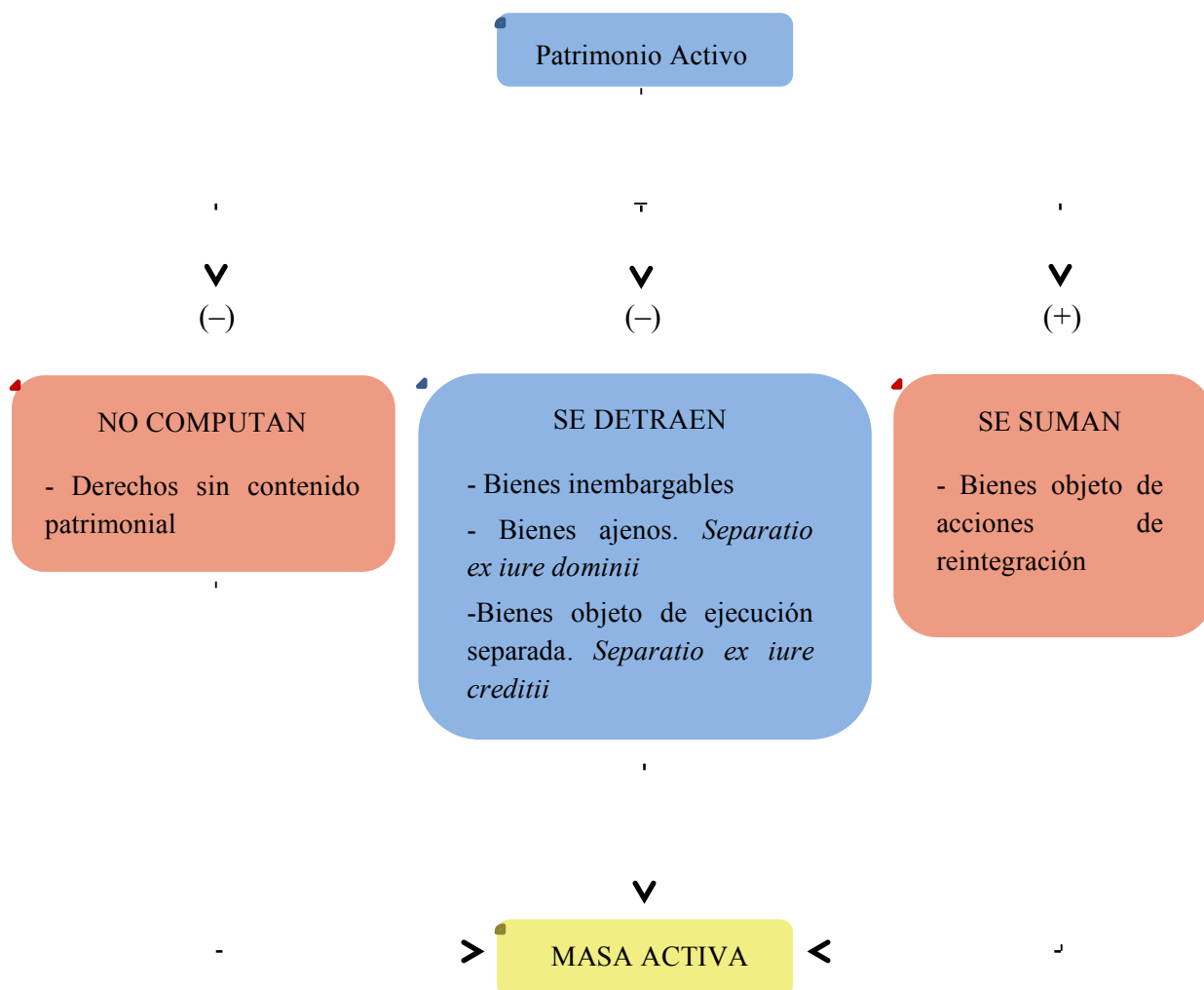
⁶²⁸ ARIAS VARONA, F. J. “La delimitación...” *op. cit.*, pág. 368.

Por ello, dado el carácter dinámico de la masa activa⁶²⁹, cuyos elementos pueden variar durante el procedimiento, se diferencia entre masa de hecho y masa de derecho⁶³⁰. La masa de hecho está formada por los bienes que están en poder del concursado en un momento concreto del procedimiento; mientras que la masa de derecho es el resultado de la aplicación de las reglas especiales. La masa de derecho hace alusión a lo que la masa activa “debe ser” (el conjunto de bienes y derechos destinados a satisfacer definitivamente a los acreedores), mientras que la masa de hecho se centra en lo que “es” en un preciso instante. Se trata de conceptos que no son netamente jurídicos pero que nos ayudan a entender que la conformación de la masa activa pasa por una serie de procesos propios del concurso, y que llevan a modificar lo que en principio entendemos como el patrimonio activo del concursado.

Hecha esta primera aproximación a la composición de la masa activa como aplicación del principio de universalidad, es aconsejable presentar el esquema que posteriormente se va a desarrollar y que hace perder la identidad entre masa activa y patrimonio activo inicial:

⁶²⁹ ARROYO MARTÍNEZ, I., y MORRAL SOLDEVILA, R., *Teoría y práctica del Derecho concursal. Examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas (Ley 14/2013 y RDL 4/2014)*, Madrid, Tecnos, 2014, pág. 123.

⁶³⁰ Estos conceptos son desarrollados por vez primera a mediados del siglo XX: GARRIGUES, J., *Curso de derecho mercantil*, Tomo II, Madrid, Aguirre, 1940, pág. 482; en la segunda edición, de 1956 (*op. cit.*), pág. 448. Actualmente podemos encontrarlos, entre otros, en: VILLORIA RIVERA, I., “Masa...” *op. cit.*, pág. 314.



Elaboración propia

El cuadro debe leerse desde dos ópticas. En primer lugar, los signos positivo o negativo determinan los conceptos que operan sumando o restando sobre el patrimonio activo inicial para obtener como resultado la masa activa del concurso. En segundo lugar, los colores tratan de trasladar una idea más compleja: la pertenencia de los conceptos que se muestran al patrimonio activo del deudor en un estadio cero (en que no ha tenido lugar ningún tipo de acción tendente a aumentar o disminuir la masa). Los cuadros rojos representan conceptos que no forman parte del patrimonio activo del deudor, bien porque no vayan a ser integrados nunca (derechos sin contenido económico), o bien porque sin la correspondiente acción no pueden formar parte del mismo. El color azul expresa que los conceptos así resaltados, y a falta de acciones de terceros que los reivindicuen, forman parte del patrimonio activo del deudor, aunque

luego –en función del signo negativo– haya que detraerlos del mismo para obtener la masa activa (a veces por ministerio de la Ley de forma obligatoria –caso de los bienes inembargables–; a veces por el ejercicio de acciones de separación de un tercero).

3.1. Elementos que retornan al patrimonio: acciones de reintegración

El Capítulo IV del Título III de la Ley Concursal se denomina: “De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa”, sin embargo, más que efectos de la declaración de concurso sobre tales actos perjudiciales, se dedica a la posibilidad de rescindirlos. De hecho, no es infrecuente encontrar en la doctrina autores que obvian esta realidad cuando analizan los efectos del procedimiento concursal, trasladando el tratamiento de la cuestión por razones de sistemática⁶³¹. Es ciertamente controvertida su consideración legal como un efecto de la declaración de concurso, ya que estrictamente no es una consecuencia necesaria de aquélla, sino que requiere la actividad de la administración concursal (salvo la excepción del artículo 72.1 LCon que admite al legitimación de acreedores ante el requerimiento y la inacción de la administración concursal). Por lo que respecta a nuestro estudio, nos interesa tan solo describir el funcionamiento de la acción de reintegración como un elemento accesorio en la articulación del principio de universalidad en la composición de la masa activa del concurso⁶³². De su sentido baste saber aquí que se trata de un instituto creado sobre un elemento que venimos afirmando, la deformación del Derecho de obligaciones, que lleva en este caso a configurar una acción que supone un *aligeramiento de las exigencias que requieren los instrumentos propios del Derecho común para la tutela de los acreedores en estos casos (acción pauliana)*⁶³³. No obstante, el uso de la acción pauliana u otras acciones de impugnación no queda vetado e incluso pueden interesar al reclamante por contar con un plazo más amplio para su ejercicio. Cualquier acción de

⁶³¹ Entre otros, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción... op. cit.*; BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual... op. cit.*; y CORDÓN MORENO, F., *Proceso... op. cit.*

⁶³² Para conocer en profundidad este tipo de acciones debe acudir a las monografías sobre la materia. Entre otras: AAVV, *La reintegración en el concurso de acreedores* (dirigido por GARCÍA-CRUCES, J. A.), Pamplona, Aranzadi, 2014; ESPIGARES HUETE, J. C., *La acción rescisoria concursal*, Pamplona, Aranzadi, 2011.

⁶³³ ARIAS VARONA, F. J. “La delimitación...” *op. cit.*, pág. 371. Se refiere el autor por ejemplo al recurso a un concepto objetivo, el de “perjuicio para la masa activa”, que puede facilitar el uso de la acción.

impugnación que proceda conforme a Derecho puede llevarse a cabo en el seno del concurso, de modo que la acción que estamos describiendo supone una *técnica especial de reintegración*⁶³⁴, frente a los instrumentos clásicos de retroacción⁶³⁵.

En cualquier sistema concursal, y desde luego en la legislación anterior a 2003, existe un mecanismo similar al que aquí describimos⁶³⁶. De hecho, los objetivos que persigue serán idénticos aunque difiera la forma de llevarlos a cabo. A pesar de que no se haya dicho nada aun del régimen jurídico de estos actos en la LCon, puede señalarse que el tratamiento de la cuestión fue una de las mayores novedades de la regulación vigente, que venía a sustituir un sistema que creaba gran inseguridad jurídica al prever *la nulidad automática de todos los actos de disposición y administración del quebrado llevados a cabo durante el periodo de retroacción*⁶³⁷. El problema se acentuaba ya que los síndicos –hoy administrador concursal– de la quiebra no siempre ejercían la acción de nulidad. El resultado era la confusión absoluta en torno al estatus de los actos de disposición realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de quiebra.

La nulidad automática durante un periodo de retroacción fue sustituida en la Ley 22/2003 por las acciones de reintegración. Se trata de una posibilidad rescisoria⁶³⁸ respecto de ciertos actos, que han de cumplir una serie de condiciones (art. 71.1 LCon): en primer lugar, el elemento temporal es básico, puesto que solo cabrá rescisión respecto de actos realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración de

⁶³⁴ ROJO A. y BELTRÁN, E., “Las masas...” *op. cit.*, pág. 551.

⁶³⁵ ARROYO MARTÍNEZ, I., y MORRAL SOLDEVILA, R., *Teoría y práctica...* *op. cit.*, pág. 129. Los autores destacan entre estos instrumentos, además de la acción pauliana (1111 CC), la acción de rescisión por lesión *ultra dimidium*, propia del Derecho civil catalán.

⁶³⁶ Califica CAZORLA GONZÁLEZ *el sistema de impugnación de los actos realizados por el deudor con carácter previo a al inicio del procedimiento concursal como uno de los elementos esenciales de los distintos sistemas concursales*. CAZORLA GONZÁLEZ, M. J. *La insolvencia voluntaria del deudor*, Pamplona, Aranzadi, 2014, pág. 131.

⁶³⁷ PIÑEL LÓPEZ, E., “Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 2, 2005, pág. 48.

⁶³⁸ Sobre el término rescisión aplicado a esta cuestión, señalando las dificultades que podrían darse en torno al encaje de la figura que se caracteriza con los esquemas civiles de la rescisión clásica, pero determinando finalmente la pertinencia del término dadas sus similitudes, GIL RODRÍGUEZ, J., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004, págs. 841 y ss.

concurso; en segundo lugar, tendrá que referirse la acción de reintegración a actos que supusieron un perjuicio efectivo a la masa activa. De manera que quien ejercita la acción deberá probar el perjuicio aludido, sin que tal carga probatoria deba alcanzar la intención fraudulenta del deudor⁶³⁹. Antes de seguir avanzando en la descripción de dichos presupuestos, debemos diferenciar la reintegración de la acción del artículo 40.7 LCon. Esta última, como se ha visto anteriormente y como señala la jurisprudencia distinguiéndola de la posibilidad rescisoria que se está caracterizando, precisa (la acción del art. 40.7 LCon) que los actos de disposición *hayan sido realizados con posterioridad a la declaración de concurso y que lo hayan sido sin la autorización de la administración concursal*⁶⁴⁰.

Volviendo al núcleo de este instituto, podríase calificar el concepto de perjuicio patrimonial como un medio de objetivación de las condiciones que deben tener los actos para poder ser susceptibles de revocación vía acción de reintegración concursal. De esta manera, el elemento volitivo deja de ser relevante a los efectos que aquí interesan. La cuestión de identificar el perjuicio como un menoscabo al conjunto de bienes y derechos integrantes de la masa activa, que parece sencilla a priori, ha producido no pocos problemas en sede judicial. El Tribunal Supremo viene calificando de forma más que reiterativa el perjuicio al que hacemos alusión como un *sacrificio patrimonial injustificado*⁶⁴¹, concepto que ha abonado el terreno intelectual para la aparición de interpretaciones amplias del propio término legal “perjuicio”⁶⁴². Con esta base, se ha reconocido por el Alto Tribunal una doble posibilidad en la consideración del perjuicio a efectos de la revocatoria concursal. Por un lado seguimos entendiendo que el perjuicio directo a la masa activa vendría dado en virtud de actos que menoscaben los elementos del patrimonio cuyo destino hubiera sido el pago a sus acreedores; por otro lado y estirando el concepto de perjuicio, la jurisprudencia ha señalado la posibilidad de reintegrar actos que si bien no comportaron un menoscabo en los términos literales del

⁶³⁹ PIÑEL LÓPEZ, E., “Efectos...” *op. cit.*, pág. 48.

⁶⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) 2/2010, de 13 de enero (AC 2010/324), FD 3º.

⁶⁴¹ La primera vez que se acude a esta terminología es en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 548/2010, de 16 de septiembre (RJ 2010/5597), FD 3º.

⁶⁴² Revisando diferentes posibilidades: CAZORLA GONZÁLEZ, M. J., *La insolvencia... op. cit.*, págs. 133 y ss.

artículo 71 LCon, sí que supusieron un obstáculo a la igualdad de trato entre los acreedores (*par conditio creditorum*)⁶⁴³. No obstante, en nuestra opinión la *par conditio creditorum* es un principio concursal que va a contar con otra problemática diversa. El recurso al concepto de la igualdad de los acreedores ha sido fruto de una extensión excesiva del “perjuicio para la masa activa”, cuyo significado no creemos estuviera en la intención del legislador llevarlo tan lejos. De hecho, ni siquiera entendemos dicha interpretación como la más adecuada y correcta para el desarrollo exitoso del procedimiento concursal. Esta visión crea una inseguridad muy por encima de lo razonable en los actos realizados por el deudor durante el periodo sospechoso. De modo que nos adherimos a la postura de GARCÍA-CRUCES⁶⁴⁴, que pone de relieve las maniobras interpretativas necesarias y las incongruencias propias de dicha exégesis del artículo 71 LCon, extendiendo más de lo debido el concepto de perjuicio para hacerlo converger con otro principio, el de igualdad de los acreedores, que en realidad no es pertinente en la disciplina de la revocatoria concursal.

Como se ha dicho, la existencia del perjuicio y su régimen de prueba forman el *centro de gravedad* de la rescisión concursal por actos perjudiciales para la masa llevados a cabo por el deudor⁶⁴⁵. Para probar el perjuicio patrimonial, el extenso artículo 71 LCon establece un orden de presunciones que determinarán la actuación probatoria del solicitante de la rescisión, en función del tipo de acto que se trate:

– Actos rescindibles sin necesidad de ser probados. La presunción de perjuicio patrimonial es *iure et de iure* con respecto a los actos de disposición a título gratuito (salvo las liberalidades de uso) y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si cuentan con garantía real (art. 71.2 LCon).

⁶⁴³ Solo en el pasado año pueden citarse las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª): 340/2015, de 24 de junio (RJ 2015/2769), FD 5º; 183/2015, de 19 de mayo (RJ 2015/2449), FD 2º; 199/2015, de 17 de abril (RJ 2015/1201), FD 3º; y 37/2015, de 17 de febrero (RJ 2015/925), FD 3º.

⁶⁴⁴ GARCÍA-CRUCES, J. A., “Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de «perjuicio»”, *La reintegración en el concurso de acreedores* (dirigido por GARCÍA-CRUCES, J. A.), Pamplona, Aranzadi, 2014, págs. 60-70.

⁶⁴⁵ GULLÓN BALLESTEROS, A., “La acción rescisoria concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 4126.

– *Actos considerados como lesivos del patrimonio salvo prueba en contrario.* Se presume *iuris tantum* el perjuicio y por tanto la posibilidad de rescisión, de los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado; los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas; y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (art. 71.3 LCon).

– *Actos que deberán ser probados por quien insta la acción rescisoria.* La carga de la prueba será soportada por el solicitante cuando no se trate de ningún acto mencionado en los párrafos anteriores (art. 71.4 LCon).

– *Actos que no pueden ser objeto de rescisión.* Se veta la posibilidad de rescindir los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (con las dificultades de interpretación que pueden surgir de un concepto tan abstracto); los actos comprendidos en el ámbito de Leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados⁶⁴⁶; las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica; y los acuerdos de refinanciación (art. 71.5 y 71 bis LCon).

La inclusión de los acuerdos de refinanciación entre los actos no susceptibles de rescisión, tuvo lugar con el Real Decreto 3/2009 y otras reformas posteriores como la Ley 38/2011 y el Real Decreto-Ley 4/2014. Su entrada en esta lista está condicionada a que el acuerdo cumpla ciertas condiciones que se explicitan ahora en el propio artículo 71 bis de la Ley Concursal. Nuestra atención se centra más que en dichos requisitos (ampliar sensiblemente el crédito disponible, responder a un plan de viabilidad, etc.) en

⁶⁴⁶ Aunque esta excepción se extenderá vía Disposición Adicional Segunda LCon a otros actos en virtud del régimen concursal especial de ciertas entidades: negocio de emisión de participaciones en las titulizaciones hipotecarias, constitución o ejecución de garantías a favor de cualquier banco integrante del Sistema Europeo de Bancos Centrales, acuerdos de compensación contractual que solo pueden ser impugnados a través del artículo 878 C. de c., etc.

la concepción del mismo como un acto que en principio no puede ser contrario a la masa⁶⁴⁷, además de otorgarse así seguridad en la inversión del refinanciador.

Los efectos básicos de la acción (siempre que sea estimada), se concretan en la ineficacia del acto impugnado y en la restitución de las prestaciones objeto de éste, con sus frutos e intereses. Por otro lado, la legitimación para instarla corre en principio a cargo de la administración concursal, sin embargo, “los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciera dentro de los dos meses siguientes al requerimiento” (art. 72.1 LCon). A pesar de esta previsión, algunas de las últimas reformas en la materia (es un criterio compartido por la Ley 38/2011 y el Real Decreto-Ley 4/2014) han introducido una salvedad al respecto, estableciendo que tal legitimación subsidiaria no tendrá lugar, es decir, que la administración concursal será el único legitimado, para instar las acciones rescisorias o impugnatorias en relación a acuerdos de refinanciación⁶⁴⁸ (cuando sea posible hacerlo, teniendo en cuenta que si se cumplen las condiciones establecidas por la LCon en el artículo 71 bis tales negocios jurídicos son inatacables por esta vía).

Finalmente, añadimos que la acción de reintegración del procedimiento concursal muestra de nuevo el principal carácter de la institución concursal, que en nuestra opinión es su plena incidencia en la esfera obligacional del deudor y en las reglas del Derecho común en ese ámbito, que pueden quedar derogadas incluso con carácter retroactivo dentro del periodo sospechoso de dos años. Todo ello supone un medio para llegar a la consecución del principio de universalidad, que cumple la parte de su contenido que se refiere a los “bienes futuros” principalmente a través de la acción rescisoria concursal (aunque también pueden proliferar acciones de impugnación de otro orden). En este sentido no solo no es contradictoria la reintegración, sino que es uno de los principales apoyos al principio de universalidad consagrado en el artículo 76 LCon. La proyección del principio permite el éxito de este tipo de acciones cuyo efecto –más aun si atendemos al concepto amplio de perjuicio acogido por la jurisprudencia– es de

⁶⁴⁷ Tal característica le otorga CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., *Lecciones... op. cit.*, pág. 91.

⁶⁴⁸ Artículo 72.2 LCon.

una enorme relevancia al permitir la anulación de actos que se llevaron a cabo de manera lícita y cuando el deudor no había sido declarado en concurso; incluso cuando aun no era insolvente.

3.2. Conceptos que se restan al patrimonio activo

De la misma manera que los bienes reintegrados o que han sido “devueltos” al deudor durante el procedimiento concursal se incluyen en la masa activa del mismo, aumentándola, existen otras operaciones cuyo resultado final será el de sustraer bienes a dicha masa. Los motivos que justifican estas operaciones son de tan diverso orden que incluso algunas de ellas se van a producir por imperativo de la Ley, mientras que otras requerirán la acción de un tercero interesado.

a) Elementos tasados por Ley

En primer lugar, hacemos una sumarísima referencia a aquellos conceptos que obligatoriamente y en todo caso van a quedar fuera de la composición de la masa activa. En este apartado se podría mencionar de manera preliminar, aunque estrictamente no formen parte del patrimonio activo, los derechos del deudor que carecen de contenido patrimonial. Se trata de aquellos derechos de la personalidad, cuyo carácter es indisponible y por tanto no pueden afectarse al pago de una deuda; es decir, no computan a los efectos que nos interesan (por ejemplo, los derechos políticos).

Además de ellos, hay otros bienes o derechos que nunca vamos a contabilizar a la hora de determinar la masa activa, y que se diferencian de los anteriores en que éstos sí forman parte del patrimonio activo del concursado, se trata de los bienes inembargables. Están recogidos en los artículos 605 y siguientes de la LEC: los bienes que hayan sido declarados inalienables; los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal; los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial; los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal; el mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo, y en general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del Tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable

dignidad a su subsistencia; los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada; los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas; las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley o Tratado Internacional ratificado por España; el salario, sueldo o pensión, en lo que no exceda los límites impuestos en el artículo 607 LEC.

Señala VÁZQUEZ PIZARRO⁶⁴⁹ citando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶⁵⁰ que el fundamento de tal inembargabilidad tiene base en el artículo 10.1 CE que consagra el respeto a la dignidad como un pilar básico de la paz social; considerándose el *mínimo económico vital* una condición irrenunciable para concretar dicha salvaguarda de la dignidad de la persona.

b) Elementos que necesitan la acción de un tercero

En segundo lugar, tenemos que distinguir algunos bienes y derechos que por regla general no formarán parte de la masa activa, sin embargo, dicha exclusión requiere que se interponga la correspondiente acción. Podemos diferenciar:

– *Bienes ajenos*. El titular legítimo de bienes –en sentido amplio, cualquier elemento con contenido patrimonial– que estén en poder del concursado cuenta con un derecho de separación sobre los mismos (*separatio ex iure domini*). Esta facultad es reconocida en el artículo 80 LCon y para ejercitarla basta con una mera solicitud a la administración concursal (tan solo se llegaría al incidente concursal en caso de denegación por parte de la administración concursal) . No procederá tal operación de separación cuando el deudor ostente sobre los bienes algún derecho de uso, garantía o retención. Respecto de la imposibilidad para llevar a cabo el derecho de separación, se pronuncia el artículo 81.1 LCon: “Si los bienes y derechos susceptibles de separación hubieran sido enajenados por el deudor antes de la declaración de concurso a tercero de quien no puedan reivindicarse, el titular perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación si todavía el adquirente no la hubiera realizado, o comunicar a la administración concursal, para su reconocimiento en el concurso, el

⁶⁴⁹ VÁZQUEZ PIZARRO, M. T., “La formación...” *op. cit.*, pág. 520.

⁶⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 158/1993, de 6 de mayo (RTC 1993/158), FJ 3º.

crédito correspondiente al valor que tuvieran los bienes y derechos en el momento de la enajenación o en otro posterior, a elección del solicitante, más el interés legal”. Resulta importante señalar que esta separación solo será factible cuando los bienes a los que se refiera sean concretos y determinados, no siendo posible aplicar dicho mecanismo concursal a bienes fungibles, que no pueden diferenciarse unos de otros. La singularidad que caracteriza a la separación refleja que es una prerrogativa atribuida al titular de un bien específico.

– *Bienes objeto de ejecución separada*. El artículo 76.3 LCon recoge la llamada *separatio ex iure creditii*, que tradicionalmente se ha concebido como un derecho de separación que no tiene como causa la propiedad ajena sino un mejor derecho ostentado por un tercero⁶⁵¹. El artículo 76.3 LCon recoge tal institución, en relación con los titulares de créditos con privilegios sobre buques y aeronaves^{652, 653}. Actualmente son muchos los autores que de manera acertada determinan que la afectación de ciertos bienes al pago de determinadas deudas no comporta un derecho de separación en sí, sino a una simple ejecución singular permitida por la Ley⁶⁵⁴. Siguiendo a RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES⁶⁵⁵, consideramos efectivamente que más que un caso de separación, estaríamos hablando de ejecución separada en cuanto a algunos bienes (buques y aeronaves) que cuentan con un privilegio tal, que se les hace desaparecer de la esfera concursal. Se trata de una terminología más acertada, que acerca el supuesto al de la ejecución de garantía real y por tanto a la equivalencia de sus reglas, lo que

⁶⁵¹ PRENDES CARRIL, P., ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., y GÓMEZ MARTÍN, F., *Guía... op. cit.*, pág. 142.

⁶⁵² Ante la remisión a las normas correspondientes para determinar la posición privilegiada o no de los acreedores sobre buques y aeronaves, se conforma un “régimen de prelación especial” propio de cada uno de estos bienes, que no se atenderán, a no ser que haya pasado un año de la declaración de concurso a las normas de la LCon. Comentando dichas especialidades contenidas en el Código de Comercio, Ley de Hipoteca Naval y Ley de Navegación Aérea, *vid.*, VÁZQUEZ PIZARRO, M. T., “La formación...” *op. cit.*, págs.. 521 y ss.

⁶⁵³ En este sentido, aun dentro de la Ley Concursal podríamos asimilar la ejecución separada, a los apremios administrativos, ejecuciones laborales y de garantías reales que quedan recogidos en los artículos 55, 56 y 57 LCon (cuando no resultan necesarios para la continuidad empresarial o profesional). El tratamiento de éstos podría ser equivalente al que recogemos en este epígrafe.

⁶⁵⁴ Por todos, CORDÓN MORENO, F., *Proceso... op. cit.*, pág. 191.

⁶⁵⁵ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “La determinación de las masas activa y pasiva del concurso”, *Derecho Mercantil II* (Coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.) Madrid, Marcial Pons, 2010, págs. 952 y ss.

implica que el remanente de la operación debería ser restituido a la masa activa⁶⁵⁶. Fuera de la Ley Concursal existen otros supuestos similares referidos a las sociedades de sistemas, mercados secundarios oficiales de futuros y opciones, sistemas de compensación y liquidación de valores o instrumentos financieros derivados, garantías constituidas en favor de Bancos Centrales, etc⁶⁵⁷.

c) Discutible excepcionalidad de las operaciones de minoración de la masa activa: confirmación de la regla de universalidad

Del mismo modo que aludíamos a la reintegración como un elemento sobre el que se apoyaba la efectividad del principio de universalidad; debemos preguntarnos por el efecto sobre el axioma de la minoración de la masa activa. Los institutos recientemente descritos (*separatio ex iure dominii* y *separatio ex iure creditii*), así como la inembargabilidad general de determinados bienes, son fenómenos que podrían suponer una excepción a dicho principio. Sea cual sea la justificación, en unos casos muy simple –como la titularidad de otra persona sobre determinado elemento patrimonial en poder del deudor– y en otros más compleja –derechos privilegiados respecto a determinados bienes–, la detracción de elementos de contenido patrimonial nos plantea dudas sobre su convivencia con la idea primigenia de que todo bien (de nuevo en sentido amplio) detentado por el concursado va a responder de sus deudas frente a la pluralidad de acreedores. Algunos de esos bienes no se afectarán al pago de ninguna deuda, mientras que otros fundarán un procedimiento singular paralelo, en oposición al proceso universal en sí.

En esa idea debemos detenernos para comprender en toda su extensión el principio de universalidad. Al hilo de estas operaciones, entendemos que el contenido del citado principio se refiere a la utilización del activo del concursado para hacer frente

⁶⁵⁶ ARIAS VARONA, F. J. “La delimitación...” *op. cit.*, pág. 386.

⁶⁵⁷ En este sentido, destacamos la previsión del artículo 15 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que salvaguarda la ejecución separada de las garantías financieras. Pero ésta, es una regla propia de lo que se denomina Derecho concursal especial, aplicado a entidades de crédito, aseguradoras, etc., que no es objeto de este estudio. Tan solo interesa llamar la atención sobre la existencia de otros casos de ejecución separada en nuestro Derecho concursal, confirmadas incluso por la jurisprudencia. Sobre dichas garantías financieras: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 373/2012, de 20 de junio (RJ 2012/6858), FD 3º.

a sus deudas; por ello nos recuerda su contenido al del artículo 1911 CC. Consecuentemente, y aunque existan derechos de ejecución separada, si dicha operación va a dar satisfacción a un acreedor del concursado, no podemos entender que vaya contra el principio de universalidad. El activo del deudor se está empleando en el pago de sus deudas. Existen otros principios que sí podrían verse conculcados, como la integración en la masa pasiva o la igualdad de los acreedores, sin embargo, la incidencia sobre los mismos, se tratará en capítulos posteriores⁶⁵⁸. Técnicamente, la detracción de estos elementos de la masa activa, siempre que sean destinados a la satisfacción del acreedor son perfectamente compatibles con el principio de universalidad. En cuyo caso, el único ejemplo que podríamos encontrar de operación de minoración de la masa activa que conculca la regla general, sería el de los bienes inembargables *ex* LEC. No obstante, hablamos de un fenómeno irrisorio en términos cuantitativos, siendo el mínimo para subsistir una idea respetada en cualquier ámbito de nuestro Derecho. Aquí tenemos que admitir el criterio del legislador español, ya que los bienes inembargables son los únicos reconocidos expresamente como una excepción al principio de universalidad (artículo 76.2 LCon). El resto de los fenómenos analizados, o bien van a originar procedimientos singulares paralelos (*separatio ex iure creditii*), que respetan la regla de universalidad en los términos descritos; o bien responden a la entrega de bienes y derechos a sus titulares legítimos, en una acción obligada por observancia del derecho de propiedad (*separatio ex iure dominii*).

Como se ha visto, las que pueden reputarse como excepciones cuentan con una importante justificación, como el respeto a la dignidad personal reconocida en la Constitución. Por tanto, podemos asegurar que se trata de meras peculiaridades admisibles dentro del sistema y que no conculcan la regla general de universalidad en la conformación de la masa activa concursal.

⁶⁵⁸ Así lo aconsejan las similitudes entre los derechos de ejecución separada y los créditos con privilegio especial. La confusión sobre el alcance del principio de universalidad ha dado lugar a un estado de la cuestión en que se mezclan –y confunden– las ideas básicas que sirven para conformar masa activa y masa pasiva como si fueran una misma cosa. Existen potentes razones de sistemática para limitar el significado del artículo 76.1 LCon a una responsabilidad general, sin que ello conlleve obligatoriamente la distribución equitativa de los recursos. En caso contrario se corre el riesgo de enmarañar los principios concursales hasta el punto de hacerlos irreconocibles. Sorprende cómo en la doctrina se han tratado conjuntamente y sin distinción términos como universalidad, *vis attrativa*, intangibilidad de la masa, integración, etc., cuestión sobre la que volveremos más adelante.

4. Supuestos específicos

A excepción de los depósitos irregulares de dinero, son recogidos de forma expresa en la Ley Concursal algunos supuestos específicos, por resultar dudosa su naturaleza o problemática su inclusión en la masa activa del concurso:

– *Depósitos irregulares de dinero.* Se da un caso realmente peculiar, el del concursado depositario en relación a un depósito de dinero, esto es, irregular por tratarse de un bien fungible⁶⁵⁹. El negocio jurídico supone la transmisión del dominio, quedándose el depositante a partir de dicho momento, con un derecho de crédito, consistente en la restitución de bienes del mismo género, calidad y cantidad. Dicha transmisión del dominio lleva a negar el derecho de separación al faltar el requisito de identificación y concreción que ya hemos referenciado anteriormente. Ello que tiene gran relevancia cuando se trata de retenciones en favor de la Hacienda Pública, Seguridad Social, o el resto de Administraciones Públicas.

– *Bienes conyugales.* En el concurso de persona casada, los bienes privativos del cónyuge concursado por supuesto entran a formar parte de la masa activa. Pero además, si el régimen económico-matrimonial es la sociedad de gananciales, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado, también se integrarán en la masa activa. Por otro lado, en el régimen económico de separación de bienes, la LCon ha mantenido una tradicional prescripción de nuestro Derecho, la presunción muciana⁶⁶⁰, que supone en beneficio de la masa (*iuris tantum*), que el concursado “donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado” (art. 78.1 LCon). Además, cuando no pueda probarse dicha procedencia 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).

⁶⁵⁹ AAVV., *Sociedades Mercantiles... op. cit.*, pág. 1265.

⁶⁶⁰ Que se recogía en el artículo 1442 CC, y de la que se ocupa ampliamente FRADEJAS RUEDA, O. M., “Un anacronismo en la modernización de nuestro Derecho concursal: la presunción muciana del artículo 78.1 de la Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 4045 y ss.

– *Bienes en comunidad y cuentas indistintas.* La regla general, que lleva a considerar que los bienes y derechos que pertenecen a varios en comunidad integran la masa activa solo en la cuota que corresponda al concursado, presumiéndose la igualdad en las porciones de tal comunidad (art. 393 CC), tiene una importante excepción en la Ley 22/2003. El artículo 79 LCon dispone que, salvo prueba en contrario, los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto se integrarán en la masa activa. Se trata de una excesiva presunción de propiedad total de los saldos acreedores de cuentas indistintas⁶⁶¹, que no está exenta de polémica. La norma impone una carga muy importante a los cotitulares indistintos, la de probar que los saldos en cuestión no pertenecen al concursado, si quieren salvar su patrimonio.

– *Bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia.* Prescribe el artículo 78.3 LCon que los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se deben considerar como susceptibles de división ante el concurso de cualquiera de ellos. Consecuentemente, se integra en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. Ello choca contra el criterio civil, que entiende que la titularidad pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges, pasando de manera íntegra al otro cónyuge en caso de muerte del primero; mientras que a efectos concursales existe una comunidad ordinaria por mitad⁶⁶². Además, se reconoce al cónyuge del concursado un derecho de adquisición del bien, que se puede ejercitar mediante la aportación de dicha cantidad a la masa⁶⁶³.

5. Referencia al inventario

Siguiendo estas reglas y otras contenidas en el artículo 82 LCon, la administración concursal deberá realizar un inventario de la masa activa del deudor. Se trata de una operación de suma importancia pues, de la inclusión de unos bienes y derechos u otros en la masa activa, dependerá directamente la satisfacción de los acreedores, ya que entendemos dicha masa como un patrimonio de ejecución. La puesta en práctica de tales normas que perfilan dicha agregación de bienes y derechos, tienden a conseguir la identidad entre los dos conceptos que puso de relieve el Profesor

⁶⁶¹ PRENDES CARRIL, P., ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., y GÓMEZ MARTÍN, F., *Guía... op. cit.*, pág. 149.

⁶⁶² VILLORIA RIVERA, I., “Masa...” *op. cit.*, pág. 318.

⁶⁶³ AAVV., *Sociedades Mercantiles... op. cit.*, pág. 1263.

GARRIGUES⁶⁶⁴: la masa de hecho (la que hay en el momento de la declaración de concurso) y la masa de Derecho (la que debe haber). Su necesaria convergencia redonda en un Derecho concursal más justo.

El inventario refleja la situación patrimonial en un momento, debiendo actualizarse posteriormente por efecto de operaciones aquí descritas o cualquier otra propia del tráfico comercial. Por eso, al comienzo del capítulo incluíamos en el patrimonio inicial conceptos que con toda seguridad no conformarían en un momento posterior la masa activa. El inventario es una foto patrimonial que muestra lo acontecido hasta el momento de su confección, pero que no puede dar cuenta de las expectativas positivas o negativas⁶⁶⁵ en términos económicos, por alta que sea la certeza –nunca total– sobre la materialización de diferentes negocios jurídicos con influencia sobre la masa activa. Su función no es constitutiva ni declarativa del derecho de propiedad sobre diferentes bienes, sino que es principalmente la de *informar a los acreedores y demás personas que pudieran tener un interés legítimo*⁶⁶⁶.

La determinación de la masa activa del concurso, con el inventario como documento básico para realizar el avalúo de los bienes, debe tomar como referencia el valor actualizado de los mismos⁶⁶⁷. Ese valor, por un criterio de pura realidad, no es el de adquisición sino el de mercado; su variación durante el procedimiento es posible pero solo podría darse ante circunstancias justificadas y cuando dicha valoración sea especialmente trascendente⁶⁶⁸.

De cada uno de los bienes y derechos relacionados en el inventario se expresará su naturaleza, características, lugar en que se encuentre y, en su caso, datos de identificación registral. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de

⁶⁶⁴ GARRIGUES, J., *Curso... op. cit.*, pág. 482.

⁶⁶⁵ *Vid.*, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Oviedo, 10/2005, de 1 de marzo (AC 2005/1022), FD 1º.

⁶⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 430/2014, de 24 de julio (RJ 2014/4591), FD 8º.

⁶⁶⁷ GARCÍA CRUCES, J. A., “El fracaso del proceso concursal ya declarado”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 30, 2013, pág. 15.

⁶⁶⁸ VÁZQUEZ PIZARRO, M. T., “La formación...” *op. cit.*, págs. 532-534.

identificación. Este inventario debe realizarse a la mayor brevedad posible y siempre dentro del plazo establecido para la emisión del informe. Además de las circunstancias señaladas, se hará constar en una relación todos los litigios que puedan afectar al inventario y en otra, las acciones que la propia administración concursal estime necesarias para la reintegración de bienes en la masa activa. Por otro lado, el artículo 83 LCon reconoce la posibilidad de la administración concursal de recurrir a expertos independientes en busca de asesoramiento para la formación del inventario de la masa activa.

VIII. PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN

1. Consideraciones iniciales

1.1. Significado amplio

Del lado de los acreedores, el principio que los aglutina en el procedimiento universal de concurso es el de integración de la masa pasiva. Es una idea compartida en todo Derecho concursal, que dichas reglas especiales de cumplimiento de obligaciones pasan por la concurrencia simultánea de los acreedores. Pero no debemos caer en un error común, que ya ha sido enunciado y que seguiremos tratando por sus implicaciones para la interpretación correcta del Derecho concursal, que consiste en confundir la integración de los acreedores en la masa pasiva con la *par conditio creditorum*. La primera idea supone el sometimiento del acreedor a unas reglas de naturaleza concursal para conseguir la satisfacción de su crédito, esto es “ponerse en fila”; mientras que la segunda implica el reparto equitativo de los bienes y derechos que componen el patrimonio del concursado entre las personas que se encuentran en la “fila”. Son dos ideas diferentes: por un lado está la comunidad de pérdidas cuya conformación responde a un principio que se llama integración en nuestra LCon; y por otro, la igualdad en el reparto de esas pérdidas, que veremos más adelante.

En este capítulo nos dedicamos propiamente al principio de integración. Por lo que respecta a su estructura y contenido entendemos que no está únicamente ligado a la conformación de una comunidad de pérdidas. Para que ésta tenga sentido, se van a derivar de la aplicación del principio de integración otros efectos que son absolutamente necesarios en términos de efectividad. El contenido del principio es amplio por cuanto no implica únicamente dicha comunidad de pérdidas. Ésta, por sí sola no tiene las herramientas necesarias para el éxito del axioma. A la comunidad de pérdidas deberán acompañarla otros efectos específicos sobre los créditos, y sobre todo, la intangibilidad de la masa activa. No basta con crear un “consorcio” de acreedores, sino que éstos deben ver suspendidas sus facultades para agredir singular y unilateralmente el patrimonio del deudor concursado. En caso contrario, se podría vaciar la masa activa con la yuxtaposición de ejecuciones individuales, provenientes de legítimas acciones de los acreedores. Por ello se elimina tal posibilidad, obligando a que el consorcio se

mantenga unido en el cauce del juicio universal, es decir, siendo una verdadera comunidad de pérdidas, con independencia del reparto que se haga de las mismas.

1.2. Requisito formal: comunicación y reconocimiento de créditos

Pese a que el pago de los créditos del concursado no tiene lugar hasta que se abre fase de liquidación o convenio (solución del concurso), han de ser comunicados a la administración concursal por sus acreedores en el plazo de un mes desde que se publica en el Boletín Oficial del Estado el auto declarativo de concurso. Se trata de un trámite necesario para que el órgano de administración del procedimiento realice de forma efectiva la integración de la masa pasiva, incluyendo a los acreedores en la lista habilitada a tal efecto. El reconocimiento de un crédito viene dado por dicha comunicación previa, o bien porque éste sea conocido en el concurso –entendemos que por la administración concursal– por cualquier motivo que no sea su comunicación expresa (artículo 86.1 LCon). Además, la Ley señala en su artículo 86.2 algunos créditos que de forma obligatoria deberán ser reconocidos por la administración concursal: aquellos que obran en libros, documentos del concursado, los reconocidos por laudo arbitral, certificación administrativa o documento ejecutivo, los asegurados con garantía real inscrita en registro público y los créditos de los trabajadores que resulten de los libros del deudor (éstos ni siquiera tienen que ser comunicados, su reconocimiento es automático).

Por otro lado, la legislación concursal ha querido determinar las condiciones de la irrupción de ciertos créditos en la masa pasiva del concurso, puesto que la operación de reconocimiento se complica en algunos supuestos concretos (art. 87 LCon):

– *Créditos condicionales*. La Ley define únicamente como condicionales aquéllos sometidos a condición resolutoria, otorgando otra denominación (créditos contingentes) a los que están sometidos a condición suspensiva. Los primeros son reconocidos siguiéndose el mismo proceso que para el resto de deudas. No obstante, si se cumple la condición o se estima el recurso, éstos pierden su condición de créditos

concursoales⁶⁶⁹. Este régimen jurídico será extensible a los créditos de Derecho público de la Administración, recurridos en vía administrativa o jurisdiccional.

– *Créditos contingentes*. Son los que están sometidos a condición suspensiva y los litigiosos. La posición del titular del crédito sometido a condición suspensiva es sustancialmente mejor en el ámbito concursal que en el orden civil. En este último tan solo cuenta con ciertas acciones tendentes a la conservación de su derecho expectante. Sin embargo, la LCon le reconoce su crédito, admitiéndolo como acreedor concursal⁶⁷⁰. Este reconocimiento tiene lugar sin cuantía propia y limitándose algunas facultades propias del acreedor, como los derechos de adhesión, voto y cobro. Tal tratamiento se da también a los créditos de Derecho público de las Administraciones Públicas que resulten de procedimientos de comprobación o inspección (hasta su cuantificación).

– *Créditos con avalista, fiador u obligado solidario*⁶⁷¹. Son aquellos en que existe garantía de pago por un tercero no concursado, ya sea en concepto de aval, fianza u obligación solidaria. Estos créditos se reconocen sin limitación, de manera que si el avalista, fiador u obligado solidario paga al acreedor, cambia la titularidad del crédito concursal. En caso de que el avalista haya satisfecho la deuda de manera parcial con anterioridad a la declaración de concurso, la LCon establece un sistema discriminatorio para éste, pues por razones de orden y economía procesal del concurso, será el propio acreedor principal quien obtenga la satisfacción de la totalidad del crédito, incluidas las cantidades que han sido pagadas por el tercero no concursado –avalista–, que deberá repetir contra el acreedor tras la conclusión del concurso, para poder obtener el montante que le corresponde.

⁶⁶⁹ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “La determinación...” *op. cit.*, págs. 960-961.

⁶⁷⁰ ROCA GUILLAMÓN, J. “Las expectativas en el concurso de acreedores”, *Los acreedores concursales. II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Pamplona, Aranzadi, 2010, pág. 83.

⁶⁷¹ Es necesario señalar que aquí se ha seguido la posición doctrinal que trata conjuntamente los artículos 87.6 y 87.7 LCon, entendiendo que pese a no utilizar exactamente la misma terminología (“acreedor que disfrute de fianza de tercero” y “crédito con avalista, fiador u obligado solidario” respectivamente) se están refiriendo a una misma realidad, los créditos garantizados por un tercero de manera personal. En este sentido, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “La determinación...” *op. cit.*, pág. 961.

2. Contenido esencial: comunidad de pérdidas

El efecto principal de la aplicación del principio de integración en el concurso, conlleva la agrupación de los acreedores (y de sus créditos) bajo el paraguas de la masa pasiva, de la que tan solo escapan aquellos cuyos créditos son realizados al margen del juicio universal por alguno de los motivos expresamente tasados como excepciones al principio (art. 49 LCon)⁶⁷². Se trata de una comunidad de intereses sin personalidad jurídica propia, de naturaleza incidental y transitoria –puesto que persigue un fin concreto–⁶⁷³. Dicho consorcio responde a la vieja idea de concurrencia que viene informando la disciplina concursal desde los textos de SALGADO DE SOMOZA. También es una agrupación de naturaleza imperativa; su virtualidad no depende de la voluntad de las partes⁶⁷⁴ sino que, una vez iniciado el procedimiento concursal, se aplicará el principio de integración de acreedores en la masa pasiva de manera obligatoria –*ex lege*–. En definitiva, se obliga a congregar a los acreedores para formar una masa uniforme desde donde la operatividad a la hora de reordenar las deudas sea mayor.

⁶⁷² Admitiendo el término principio de integración: GÓMEZ LÓPEZ, E., “Artículo 49”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014, pág. 202. No obstante, este autor combina algunos conceptos que difícilmente pueden convivir en nuestra opinión. Utiliza “principio de integración”, cuando anteriormente le niega su autonomía al entender que se trata de la vertiente pasiva de la universalidad; además, señala que en el artículo 76 LCon existe un principio de integración de la masa activa, como contrapeso al artículo 49 LCon. Si bien entendemos que el principio de integración es autónomo, es cierto que puede concebirse como contrapeso al principio de universalidad del artículo 76; lo que no podemos compartir es que el principio de universalidad, que rige la conformación de la masa activa, mute nominalmente con una nueva terminología, inédita, y que no encierra más verdad que la clásica. De hecho, “integración de la masa activa” es una locución altamente confusa y cuyo uso generaría errores de todo orden.

⁶⁷³ MAIRATA LAVIÑA, J., “Efectos patrimoniales del concurso en el Proyecto de Ley Concursal (y II)”, *Diario La Ley*, nº 5743, 20 de marzo de 2003, pág. 13 (en documento electrónico); y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004, págs. 449 y ss. Este último no obstante, señala que el consorcio de acreedores tiene capacidad para actuar en la esfera patrimonial a través de representantes (contaría así con ciertos atributos de la personalidad jurídica como instrumento para llegar a sus fines).

⁶⁷⁴ VEIGA COPO, A. B., “La masa pasiva del concurso de acreedores”, *Problemas actuales del concurso de acreedores* (dirigido por SEBASTIÁN QUETGLAS, R., y VEIGA COPO, A. B.), Pamplona, Aranzadi, 2014, pág. 41.

Así, se agrupan todas las deudas que ha contraído el concursado quedando (salvo las excepciones establecidas legalmente) todas dentro de un mismo “paquete crediticio”. Pero, ¿hasta qué punto existen dichas excepciones? Interesa aquí comentar algunos conceptos sobre los que existen dudas razonables a este respecto:

En primer lugar, debemos rechazar que en la *separatio ex iure dominii* exista ninguna operación con relevancia para el principio de integración, puesto que la separación de bienes de titularidad ajena no responde al proceso concursal sino al respeto al Derecho de propiedad de un tercero.

Sí entendemos como una excepción a la integración de la masa pasiva los derechos de ejecución separada que constan en la Ley Concursal con respecto a créditos privilegiados sobre buques y aeronaves. En estos casos, la realización de bienes para satisfacer deudas concretas, sin llegar los titulares de las mismas a formar parte de esa comunidad de pérdidas supone una clara excepción a la regla general. En este sentido, la afección de un bien concreto a un crédito específico es lo que diferencia en nuestra opinión los créditos y por ende los acreedores, que no van a formar parte de la masa pasiva de hecho, que es la que tratamos aquí de analizar (aunque la norma no comparta la categorización de las operaciones que estamos realizando). No queremos detenernos, pero sí mencionar que existen otros ejemplos de derechos de ejecución separada en el denominado Derecho concursal especial, aplicado a entidades bancarias y similares –se ha comentado a título de ejemplo el régimen de las garantías financieras– a los que también se reconocería este estatus excepcional con respecto al principio de integración.

En cuanto a la clasificación de los créditos propiamente dicha, interesa hablar de los créditos contra la masa y los créditos con privilegio especial. Si atendemos a los primeros, la lógica de la LCon los explica como créditos no integrados en la masa pasiva, y por tanto excepcionales, porque gozan de prededucibilidad. La realidad es, que dicha nota característica únicamente redundaría en la práctica en la existencia de una categoría muy privilegiada de créditos, que se satisfarán con cargo a la misma masa que debe responder de los llamados créditos concursales. Por ello no podemos admitir que se trate de una excepción, sino de un privilegio, de manera que podrá tener efectos sobre el principio de igualdad de acreedores pero no sobre su integración en la masa pasiva, que en este caso es clara a pesar de la literalidad de la Ley. Algunos autores destacan la

confusión que subyace a este punto en la LCon, ya que el crédito contra la masa se regula en el Capítulo III, bajo la rúbrica: “De la determinación de la masa pasiva”, cuando en teoría el concepto hace alusión a créditos que no forman parte de dicha masa⁶⁷⁵. En nuestra opinión, la aplicación de estas reglas no puede llegar a conformar un régimen diferente para los créditos contra la masa, sino que éstos solamente van a contar con el beneficio de ser satisfechos con anterioridad a los llamados créditos concursales. No se encuentra un motivo de peso para distinguirlos en el sentido en que lo hace la LCon. Probablemente, la concepción del crédito contra la masa como un coste producido por el procedimiento, en contraposición al crédito concursal –que provoca el procedimiento– sea la culpable de esta distinción. Ése era el significado inicial del crédito contra la masa, sin embargo, la irrupción en esta categoría –en el artículo 84 LCon– de otros conceptos como los salarios de los treinta días previos a la declaración de concurso, los derechos de alimentistas, las obligaciones nacidas de la Ley y la responsabilidad extracontractual en general, etc., terminan por convencernos de que el crédito contra la masa, pese a su intención, no es más que una suerte de *súperprivilegio*. Como tal, es plenamente integrado en la masa pasiva –se respeta el principio de integración– y tiene más interés en lo que se refiere a su incidencia en el principio *par conditio creditorum*.

Por último, hay que poner atención en los acreedores con garantía real o, más ampliamente, en aquellos que gozan de un privilegio especial, esto es, los que satisfarán su derecho de crédito con la realización de un bien concreto. En este caso se puede pensar que es relevante la diferencia de plazos para dicha realización, lo que depende de la naturaleza “necesaria” o innecesaria de los bienes para la continuidad de la actividad profesional o empresarial⁶⁷⁶. Sin embargo, aunque la satisfacción de créditos afectos a la

⁶⁷⁵ ARROYO MARTÍNEZ, I., y MORRAL SOLDEVILA, R., *Teoría y práctica... op.cit.*, pág. 137. Los autores determinan que las dos condiciones o presupuestos para reputar un crédito como concursal son: la existencia previa a la declaración de concurso y su reconocimiento durante el procedimiento. Si bien es cierto, resulta peligrosa la afirmación por cuanto sea hecha en oposición a la definición de crédito contra la masa. La inclusión de conceptos que también existían antes de la declaración de concurso en tal categoría difumina en gran medida la diferencia entre el crédito concursal privilegiado y el crédito contra la masa.

⁶⁷⁶ Recordemos que tan solo si se trata de un bien necesario deberá esperar el acreedor a que se apruebe un convenio que no afecte a la posible ejecución de aquél o bien que haya pasado un año desde la declaración de concurso sin que se haya producido la apertura de la fase de liquidación (art. 56.1 LCon).

monetización de un bien transcurra de manera diversa si el bien es necesario para la continuidad de la actividad –sin inmediatez en dicha realización–, el razonamiento no debe estar guiado por esta idea. Lo importante a la hora de confirmar la integración en la masa pasiva de un acreedor, es de nuevo (y siempre) la adscripción a la comunidad de pérdidas. Cuando se cobra un crédito de manera separada, a través de la subasta de un determinado efecto del deudor sobre el que se tiene derecho, el sistema concursal propiamente dicho ha sacado a ese acreedor del consorcio donde están el resto de titulares de créditos del concursado. Independientemente del momento en que tenga lugar la operación, ese acreedor no va a estar sometido al principio general de integración, de nuevo en contra de la idea de la LCon, que entiende el privilegio especial como un crédito concursal. A pesar de ello, es obligado matizar esta excepción al principio de integración en función de la naturaleza de los bienes garantizados. Tratándose de bienes necesarios para la continuidad empresarial, la monetización de los mismos para satisfacer el crédito con privilegio especial deberá esperar o bien a la aprobación de un convenio que no sea contrario a dicha operación, o bien a que haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se inicie la fase de liquidación; no así en el caso de los bienes no necesarios para la continuidad empresarial, que pueden ser subastados sin atender a estos plazos. Por tanto la excepción se relativiza, aunque en nuestra opinión la espera descrita no incluye a los bienes afectados por la misma y a sus acreedores en lo que hemos llamado comunidad de pérdidas. Entendemos que dicha inclusión solo puede darse con la efectiva incorporación de los acreedores al consorcio de pérdidas, no siendo el elemento temporal el más relevante a estos efectos.

Siendo congruentes con la estructura axiológica que se está exponiendo en este trabajo, y muy especialmente con el tratamiento que se ha dado al principio de universalidad, conviene hacer ciertas diferencias entre las excepciones que reconocemos en la LCon a la integración de la masa pasiva. Identificamos algunos conceptos en que efectivamente entendemos existe una situación especial donde no opera el artículo 49 de la Ley Concursal. No obstante, y como venimos diciendo, no todas las excepciones al principio de integración tendrán la misma incidencia sobre el axioma; la intensidad de las mismas es variable. Así, podremos concluir que el derecho de ejecución separada para acreedores con privilegios sobre buques y aeronaves tiene una incidencia crítica

por cuanto el bien se separa de manera casi automática. Sin embargo, esta intensidad no se va a encontrar en todos los bienes sobre los que existe privilegio especial⁶⁷⁷. El criterio de la necesidad de los mismos para la continuidad empresarial va a marcar, al igual que sucede con las ejecuciones laborales o apremios administrativos del artículo 55 LCon, que la potestad de separar efectivamente los bienes en cuestión quede en suspenso durante un plazo. Ya nos hemos pronunciado a este respecto, señalando que la mera suspensión temporal no implica la incorporación a la comunidad de pérdidas por cuanto los créditos siguen garantizados con el valor de una cosa específica. No obstante, el respeto a dichos plazos hace convivir en el sistema de excepciones al principio de integración de la masa pasiva, diferentes conceptos que serán más o menos agresivos sobre éste.

El hecho de que bajo nuestra óptica no se puedan hacer converger las excepciones al principio de universalidad de la masa activa con las del principio de integración de la masa pasiva nos indica en primer término que ambas ideas no pueden formar parte de un mismo axioma⁶⁷⁸. Por ejemplo, un derecho de ejecución separada no ha sido considerado como excepción al principio de universalidad puesto que esa ejecución implica el empleo de los recursos del concursado en la extinción de una deuda. Sin embargo, del lado pasivo, en relación al acreedor que se ve beneficiado por una ejecución al margen del sistema universal, sí se estará produciendo una excepción al principio de integración, ya que éste no formará parte de la comunidad de pérdidas. Sea cual sea el momento del cobro, dicho acreedor tendrá la tranquilidad de saber que su crédito no compite con otros, puesto que se satisfará con cargo a un bien o derecho que está predeterminado. Es evidente que universalidad e integración son cosas diferentes, y la segunda no es la expresión de la primera en otro momento del concurso. El principio de universalidad se aplica a la formación de la masa activa; mientras que el principio de

⁶⁷⁷ Entre el privilegio especial y el derecho de ejecución separada existen otras diferencias que han llevado a la doctrina a diferenciar ambos conceptos, como su régimen de comunicación, que no opera para el segundo: GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento... op. cit.*, pág. 449. No obstante, en este momento lo que nos interesa es la sujeción a las reglas del consorcio de acreedores.

⁶⁷⁸ La concepción del artículo 49 LCon como una expresión del principio de universalidad en la conformación de la masa pasiva es bastante extendida entre la doctrina. Por todos: MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, F. J., “Los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 383-384; PIÑEL LÓPEZ, E., “Efectos...” *op. cit.*, pág. 28.

integración responderá al criterio general de inclusión de acreedores en la comunidad de pérdidas formada por los acreedores concursales.

No son un mismo axioma, como nunca lo han sido. Las razones son de muy diverso orden, pero si nos centramos en el fundamento del concurso, incluso en su conceptualización histórica, podemos entender como selañaba el Profesor OLIVENCIA en su análisis de las Ordenanzas de Bilbao, que la quiebra es un estado y un procedimiento, mientras que el concurso es el efecto de la quiebra declarada⁶⁷⁹ (debiendo entenderse el uso del término quiebra que hoy no sería correcto). Resulta indubitado que esta acepción de concurso se refiere al consorcio de acreedores, al principio de integración, que lleva siglos operando en materia concursal. Ahora bien, resulta curiosamente extendida la tesis de que integración es “la otra cara” del principio de universalidad; al tiempo que el principio de universalidad se hace coincidir con una supuesta aplicación del artículo 1911 CC. El esquema resultante de tal indeseable mezcla de conceptos sería el siguiente: un elemento del Derecho concursal que opera exclusivamente tras la apertura del procedimiento concursal, pues éste es su ámbito de acción –principio de integración–, es parte del contenido de otro axioma concursal –principio de universalidad–, que no solo puede aplicarse fuera del concurso sino que supone una manifestación de una regla de Derecho común –la responsabilidad universal del artículo 1911 CC–. Por tanto, el artículo 1911 CC se presentaría como un principio que, siendo de aplicación general en el ordenamiento, se manifiesta en el concurso a través del principio de universalidad, que a su vez contiene una regla de concurrencia de acreedores que existe solo y exclusivamente en Derecho concursal (a diferencia de la responsabilidad universal patrimonial). Deshaciendo esta madeja teórica nos parece evidente que se han tergiversado los principios concursales, incurriéndose en numerosas inexactitudes.

Por otro lado, numerosos autores han razonado sobre el artículo 49 LCon a través de construcciones ideológicas que lo identificaban con el concepto de *vis atractiva* concursal⁶⁸⁰. Ciertamente existe relación entre ellos, pero su uso no siempre ha sido correcto. En contra, hay un sector doctrinal que disocia rigurosamente integración y

⁶⁷⁹ OLIVENCIA, M., *La terminología... op. cit.*, pág. 77.

⁶⁸⁰ Entre otros: MARÍN LÓPEZ, M. J., *Comentarios... op. cit.*, pág. 446; GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento... op. cit.*, pág. 330.

atracción, tratando de mostrar que la relación entre estos términos no es de identidad, si acaso que admiten algún género de proximidad o correlación. Destacamos en este sentido la posición de VEIGA COPO⁶⁸¹, que considera que la integración opera por sí sola respecto a los acreedores sin que haya enervación de ningún tipo; se trata de conceptos potencialmente comunicantes, pero que hacen referencia a ámbitos diferentes. La atracción es concebida en su estricta acepción de acumulación de juicios iniciados con anterioridad a la declaración de concurso. Desde este punto de vista, la disociación es clara entre integración y atracción, cada uno con su contenido y sus propias excepciones⁶⁸². También debe traerse a colación la postura de ALONSO-CUEVILLAS SAYROL⁶⁸³, para el que la integración y confección de la lista de acreedores no necesita en principio la *vis attrativa* del concurso ni ninguna otra operación específica. Se trata también –continúa– de dos instituciones distintas, puesto que la atracción se refiere a las reglas de tramitación de procedimientos abiertos con anterioridad a la declaración de concurso⁶⁸⁴. Es una concepción que no contempla dentro de la *vis attrativa* las prohibiciones relativas al inicio de nuevas acciones ejecutivas o la suspensión de las que se encuentren en trámite, por entender ambas operaciones como consustanciales a la declaración de concurso. Mientras que la integración ocurrirá siempre *ex lege*, la *vis attrativa* requiere ciertos presupuestos y no converge con dicha integración.

Siguiendo al mismo autor, si dejamos a un lado la definición restrictiva de *vis attrativa*, podríamos admitir más fácilmente que ambas ideas, si bien se mueven en planos diferentes –más procesal en el ámbito de la atracción y más obligacional en el ámbito de la integración–, dan lugar a importantes *zonas fronterizas*. Ahora “olvidamos” el concepto expresado en el párrafo anterior para extender el significado de la *vis attrativa* al conjunto de efectos del concurso (ya declarado) sobre los distintos

⁶⁸¹ VEIGA COPO, A. B., “La masa pasiva...” *op. cit.*, págs.. 45-47.

⁶⁸² Por ejemplo, en el caso de la *vis attrativa* concursal, ésta cuenta con importantes limitaciones en el ámbito laboral. Ello no guarda relación con otras excepciones previamente estudiadas en relación al principio de integración.

⁶⁸³ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La «vis attractiva» del proceso concursal*, Pamplona, Aranzadi, 2007, págs. 63 y 122-124.

⁶⁸⁴ En concreto se refiere el autor a la *subsunción en el proceso concursal de los procesos de declaración o de ejecución seguidos contra el deudor concursado*. *Vid. Supra*, pág. 63.

procesos en que pueda ser parte el deudor⁶⁸⁵. Lógicamente, la formación de la comunidad de pérdidas sí va a correlacionarse con esta suerte de absorción, si consideramos dentro de su contenido la paralización de ejecuciones o la prohibición de iniciar nuevas. La comunidad de pérdidas interactúa con el concepto amplio de *vis attrativa*, pero no con su concepto restringido.

Después de considerar estas dos posibilidades, y para continuar avanzando en nuestro estudio, debemos tomar la *vis attrativa* en su sentido amplio, puesto que la aparición de las ya mencionadas zonas fronterizas serán el terreno abonado para seguir construyendo el principio de integración también desde un punto de vista extensivo, y ser así congruentes con el resto de la investigación.

La tan recurrente –y no siempre bien empleada– idea de la *vis attrativa* concursal se manifiesta en su vertiente positiva a través de la comunidad de pérdidas: desde el punto de vista procesal, el concurso aglutina, *atrae*, todos los acreedores a un mismo juicio o causa que no será singular sino que ventilará todas las reclamaciones en el mismo procedimiento. Por el contrario, la expresión de la vertiente negativa de esa *vis attrativa* supone la intangibilidad de la masa activa –únicamente– para los acreedores que han sido integrados en la comunidad de pérdidas (nos dedicamos a ella en el siguiente epígrafe). Por tanto, nuestra idea consiste en que la atracción, siempre entendida en sentido amplio, va a dejarse ver en dos situaciones: una positiva, porque incluye a los acreedores bajo el mismo consorcio (comunidad de pérdidas); y otra negativa, porque les prohíbe de manera general iniciar o continuar con los procedimientos ejecutivos o declarativos de naturaleza singular contra el deudor. La primera se identifica con el contenido más esencial del principio de integración, mientras que la segunda guarda relación con un contenido mediato o necesario para el éxito de la anterior: la intangibilidad de la masa activa.

⁶⁸⁵ *Ibidem*. Plasmando la cita literal: *podemos definir la «vis attrativa» en sentido amplio como el conjunto de los distintos efectos que la declaración del concurso produce en los procesos en los que el concursado sea o pueda llegar a ser parte, pudiendo comprender desde su absorción o atracción por el proceso concursal pasando a ser una pieza separada de éste –«vis attrativa» en sentido estricto–, hasta su suspensión y/o prohibición de inicio.*

Todo lo expuesto redundaría en lo que VICENT CHULIÁ llama la contribución al sacrificio común⁶⁸⁶, que circunscribe al ámbito de los acreedores titulares de un derecho con garantía real, pero que puede ser predicado respecto del resto de acreedores, que verán sus derechos mermados, matizados o pospuestos por la declaración de concurso. Éste es uno de los ámbitos en que el efecto del procedimiento concursal sobre el Derecho de obligaciones es más claro. Como se ha podido comprobar, los titulares de los créditos asisten a una verdadera reagrupación, no pudiendo convertir en realidad (al menos temporalmente) por ministerio de la Ley, los derechos que ostentan sobre el patrimonio del deudor.

3. Contenido necesario o mediato: intangibilidad de la masa activa

La integración de la masa pasiva es una operación que se consolida a través de la lista de acreedores. No obstante, para que el axioma concursal tenga realmente sentido no basta con la conformación de la comunidad de pérdidas. Se requiere algo más, la intangibilidad de la masa activa⁶⁸⁷. Es una consecuencia necesaria de aquélla, y es por ello que forma parte del contenido del principio de integración; no como núcleo esencial del mismo pero sí como elemento mediato que permite la correcta aplicación del procedimiento concursal en este punto. Hacemos referencia a la prohibición general que pesa sobre los acreedores, que no pueden satisfacer sus créditos de manera singular durante el procedimiento. Para que en el consorcio de pérdidas se materialice efectivamente un sacrificio común, es obligado que los acreedores sean limitados en sus legítimas posibilidades de agresión al patrimonio del deudor concursado.

En este sentido, relacionamos el concepto de intangibilidad de la masa activa con la *vis attrativa* en una vertiente negativa. La negación estriba en una conducta que *a priori* es legítima pero viene limitada a los acreedores: la agresión del patrimonio del deudor. Es necesario señalar que el poder atractivo concursal tiene en su vertiente negativa un rango de aplicación mayor de lo que analizaremos aquí. Por ejemplo, es también parte de esa *vis attrativa* la imposibilidad de iniciar juicios declarativos

⁶⁸⁶ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...* *op. cit.*, pág. 2104.

⁶⁸⁷ Sobre la necesidad de privar a los acreedores de la iniciación de procedimientos singulares para que tenga éxito el concurso: CORDÓN MORENO, F., “Algunas cuestiones procesales problemáticas del concurso de acreedores”, *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), nº3, 2010, pág. 42.

singulares contra el deudor que ha sido declarado en concurso; y, en general, el régimen de la tutela declarativa en Derecho concursal⁶⁸⁸. No obstante, los juicios declarativos no interesan en el estudio de este principio de integración, porque la intangibilidad de la masa activa se refiere a la prohibición de agresión al patrimonio concursado, que lógicamente solo podría sustanciarse a través de ejecuciones, apremios e instrumentos con fuerza ejecutiva que puedan materializar dicha agresión.

En concreto interesa hablar de dos realidades que han sido mencionadas con anterioridad: las ejecuciones y apremios y las garantías reales. Ambas van a contener tanto la regla general de prohibición de agresión al patrimonio concursado mientras se tramita el juicio universal, como las excepciones que encontramos en esta parcela indispensable del procedimiento para el buen desarrollo del principio de integración de la masa pasiva.

– *Ejecuciones y apremios*. La regla general es que no pueden iniciarse ningún tipo de ejecuciones singulares ni apremios administrativos o tributarios contra el deudor una vez es declarado en concurso. El artículo 55 LCon recoge además de esta prescripción, la obligada paralización –no acumulación–⁶⁸⁹ de ejecuciones ya iniciadas. La excepción a esta condición general de inatacabilidad del patrimonio concursado por vía ejecutiva se prevé en relación a los “procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor” (art. 55.1 LCon).

Siendo congruentes con la posición expresada en el capítulo anterior, entendemos que dichos bienes objeto de embargo no suponen una excepción al principio de universalidad puesto que, aunque han sido sustraídos a la masa activa no dejan de ser aplicados al pago de deudas concursales. Por el contrario, la ausencia de estos acreedores en la comunidad de pérdidas sí que implica una regla confrontada con

⁶⁸⁸ En relación a los procedimientos declarativos, el alcance de la *vis attrativa* será más limitado. MARÍN LÓPEZ, M. J., *Comentarios... op. cit.*, págs. 446 y ss.

⁶⁸⁹ MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, F. J., “Los efectos de...” *op. cit.*, págs. 403-404.

el principio de integración, y no tanto con el principio de igualdad de los acreedores (que debe analizarse en un estadio posterior). Finalizando la revisión de estas excepciones a la intangibilidad de la masa activa y por ende al principio de integración, debemos hacer referencia a la condición impuesta a dichas ejecuciones cualquiera que sea su naturaleza –laboral o administrativa–: que la ausencia de los bienes objeto de éstas no ponga en riesgo la continuidad empresarial o profesional del deudor. El tema de la determinación de la relevancia de los bienes objetivo de ejecución o apremio para la continuidad empresarial es complicado por lo indeterminado de la condición; siendo la competencia para llevar a cabo dicha operación del Juez del concurso, entendemos que sin estar constreñido a más límites en su facultad de libre apreciación (art. 56.5 LCon). MENÉNDEZ ESTÉBANEZ entiende que es necesario el bien que *resulte imprescindible para la continuidad, sin el cual la concursada se vería obligada a cesar en su actividad, en contraposición a aquel bien o derecho superfluo o prescindible*⁶⁹⁰. Además, el Juez tiene la facultad de levantar embargos no administrativos que recaigan contra el deudor y dificulten sobremanera el mantenimiento de su actividad profesional o empresarial.

– *Ejecuciones de créditos con garantía real*. Los titulares de estos créditos, con respecto a bienes del concursado necesarios para la continuidad profesional o empresarial, no pueden iniciar la ejecución de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de dicho derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Además, las ejecuciones ya iniciadas en el sentido anterior se suspenderán desde la declaración del concurso aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Solo se alzarán la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del Juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (arts. 56.1 y 56.2 LCon). Por tanto, se comprueba una doble limitación⁶⁹¹ a las restricciones de ejecutar separadamente garantías reales. Por un lado la suspensión de la ejecución

⁶⁹⁰ *Ibidem*.

⁶⁹¹ TATO PLAZA, A., “Algunos apuntes en torno a los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 3284.

tendrá como máximo un periodo de un año; y por otro, solo se referirá a los bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Esta circunstancia debe ser constatada por el Juez desde que el artículo 56.5 LCon así lo prevé (tras la redacción que le ha dio la Ley 38/2011⁶⁹²).

El propio artículo 56 extrapola esta prohibición temporal de ejecución separada respecto de las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles; las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad; y las acciones que pretenden recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero (*leasing*) mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución.

Sin embargo, lo que resulta más sorprendente al hilo de las ejecuciones separadas, es la opción que abre el artículo 56.3 LCon en relación con el artículo 155.2 LCon. Durante el plazo de un año (o hasta la firma de un convenio, que solo vincula al crédito con garantía real si su titular ha aceptado la propuesta⁶⁹³) en que subsiste la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos (que tienen privilegio especial) que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Esta operación tendría importantes efectos sobre el valor de la garantía real en el concurso. Siguiendo las teorías imperantes, podríamos decir que cobra su sentido como derecho de ejecución separada al esquivar la integración en la masa pasiva del concurso (aunque en cierto modo desnaturalizada ya que no se da la realización de los bienes sobre los que se establece tal carga). En cambio, si seguimos fieles a la idea de que el crédito contra la masa está de facto plenamente integrado en la masa pasiva, ocurriría exactamente lo contrario. En este momento la garantía real perdería su poder como causa de ejecución separada, al perder el crédito su vinculación al bien, para integrarse en la masa pasiva. De hecho, la marginalidad de esta operación de la administración concursal nos demuestra que debe

⁶⁹² Vid. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual... op. cit.*, pág. 595.

⁶⁹³ CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., *Lecciones... op. cit.*, pág. 81.

ser este último su verdadero sentido. Arrebatarse la identificación crédito/bien al acreedor con garantía real debe ser una carga y no un premio, que solo tiene lugar cuando la administración concursal decide saltar el mecanismo de dicha garantía por conservar un bien concreto que entiende de especial trascendencia⁶⁹⁴. No obstante, esta cuestión se matiza desde el momento en que el propio artículo 155 LCon señala que el incumplimiento del crédito contra la masa resultante se resuelve con la ejecución de los bienes que eran objeto de la garantía originaria.

Por tanto, el concepto de necesidad de los bienes para la continuidad de la actividad será fundamental para determinar las excepciones a esta regla general de intangibilidad de la masa activa. La inatacabilidad de la misma durante el proceso concursal sostiene la lógica del principio de integración de los acreedores en la masa pasiva.

4. Contenido accesorio: efectos sobre los créditos

En la Sección Tercera del Capítulo referido a los efectos sobre los acreedores, encontramos una serie de consecuencias de la declaración de concurso en relación a los créditos. Algunos de ellos son expuestos a continuación por suponer medidas que reafirman el principio de integración. Su colaboración en la implantación de este axioma concursal no es tan acusada como en el caso de la intangibilidad de la masa activa. Se trata más bien de operaciones secundarias consistentes en la suspensión de ciertos derechos de los acreedores, con el objeto de hacer efectiva la comunidad de pérdidas y la consiguiente intangibilidad del patrimonio concursado. En concreto nos interesan, por tener incidencia en dicho principio concursal, tres de estos efectos:

– *Prohibición de la compensación de créditos*. El artículo 58 LCon establece que no procede la compensación de los créditos y deudas del concursado con carácter general, pero sí respeta los efectos de la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración⁶⁹⁵. La compensación de créditos es un

⁶⁹⁴ El acreedor pierde la garantía, pero la contrapartida en este caso, al convertir la deuda en un crédito contra la masa, es la prededucibilidad del mismo.

⁶⁹⁵ Prohibir la compensación en casos en que se daban los requisitos con anterioridad a la declaración de concurso supondría extender los efectos de ésta con una retroactividad difícilmente justificable, así como

mecanismo clásico en Derecho privado, que básicamente implica la cancelación de saldos opuestos entre sujetos que son al mismo tiempo acreedor y deudor el uno del otro⁶⁹⁶. En principio, podría resultar ilógica esta prohibición; incluso podríamos decir que si uno de los acreedores del concursado también es deudor del mismo, más fácil sería evitar su integración en la masa pasiva y el resto de trámites, procediendo a la cancelación de los créditos que existen en sentido opuesto.

No obstante la cuestión no es tan sencilla, habiendo sido objeto de profundo tratamiento por la doctrina. Se suele sostener que la compensación de créditos en el marco de un concurso de acreedores va en contra del principio *par conditio creditorum*⁶⁹⁷, que será desarrollado más adelante, pero del que ya se sabe que implica la igualdad de todos los acreedores que integran la masa pasiva del concurso a la hora del cobro de sus créditos. En nuestra opinión, y siguiendo la línea de diferenciación de conceptos como integración e igualdad de los acreedores, más que a la *par conditio creditorum*, deberíamos referirnos al principio de integración⁶⁹⁸. La transgresión del principio vendría dada por la concepción de esta figura clásica del Derecho civil como un medio de pago⁶⁹⁹; pero un medio de pago en dos sentidos, tanto del “acreedor” (también deudor) hacia el concursado como del concursado hacia el primero. En esta última circunstancia se estaría dando el pago de una deuda (aunque el medio fuere la

revalidar relaciones económicas ya extintas. Tampoco se aplica la prohibición a los créditos contra la masa, que tienen sus propias reglas en relación al pago de los mismos.

⁶⁹⁶ Algunos autores hacen hincapié en la naturaleza facultativa de este mecanismo, calificándolo como un *derecho potestativo cancelatorio*. Vid., GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, P., “Los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 418.

⁶⁹⁷ Por todos, ALBALADEJO CAMPOY, M. A., “La prohibición de compensación de créditos en los concursos de acreedores”, *Diario La Ley*, nº 7653, 16 de julio de 2011.

⁶⁹⁸ También encontramos ejemplos en la doctrina que llevan a cabo una asociación entre prohibición de compensación en el concurso y principio de integración. Vid., GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, P., “Los efectos...” *op. cit.*, pág. 418. No obstante, en este caso el autor también encuentra correlación entre la interdicción que analizamos y el principio de universalidad. Bajo nuestra óptica, la compensación en el seno del concurso afectaría al principio de integración, no así al principio de universalidad por cuanto aun compensándose créditos, se estarían destinando la totalidad de bienes y derechos del concursado a pagar a la pluralidad de acreedores.

⁶⁹⁹ Idea que puede encontrarse en ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones*, Barcelona, Bosch, 2002, pág. 312; y TATO PLAZA, A., “Algunos apuntes...” *op. cit.*, pág. 3292.

cancelación de otra deuda en sentido inverso) del concursado a uno de sus acreedores una vez iniciado el procedimiento⁷⁰⁰. De manera que tal pago a un acreedor por el simple hecho concurrir también en la condición de deudor del concursado no es vista con buenos ojos por el legislador, pues podría estar satisfaciéndose a uno de los sujetos que están llamados a integrar la masa pasiva, mientras que otros deberían seguir el juicio universal (integrarse), e incluso podrían quedarse sin cobrar.

De hecho, la transgresión del principio de igualdad de los acreedores no tendría que darse obligatoriamente en todos los casos. Pensemos por ejemplo en un concurso donde el deudor finalmente podrá hacer frente a todos los créditos con su patrimonio; o más verosímil aun, un supuesto en que el acreedor que puede compensar créditos con el concursado cuenta con un privilegio suficiente para que ninguno de los acreedores cuyo privilegio es superior quede desatendido en su derecho de crédito a la hora de la liquidación. En tales casos, la compensación no afectaría al resultado del procedimiento, y no se estaría menoscabando la igualdad de los acreedores, pues seguirían cobrando los que tienen un crédito más privilegiado. Realmente, el principio que siempre se vería violado en cualquier supuesto de compensación de créditos tras la declaración de concurso sería el principio de integración de la masa activa, más concretamente la intangibilidad de la misma, pues sea cual sea la forma de pago, se está recurriendo a bienes consignados y que resultan inembargables, para hacer frente a una deuda.

⁷⁰⁰ Algunos autores (*Vid.* GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., *Efectos del concurso sobre los créditos: Compensación, suspensión del devengo de intereses e interrupción de la prescripción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 19), señalan que la compensación es un medio de pago prohibido en el concurso entre otros motivos, porque su aplicación supondría un acto dispositivo ilícito dadas las limitaciones de la Ley Concursal (también destacan sus efectos sobre el principio de integración y sobre la igualdad de los acreedores). No obstante, y aunque el pago se realice en dos sentidos, entendemos que la compensación si es un negocio jurídico facultativo, debe estar animado por alguna de las partes. Así, creemos que el concursado carece de la legitimación para llevar a cabo tal operación, de modo que la posible compensación vendría motivada desde la parte acreedora, como una suerte de agresión al patrimonio concursado; con una contrapartida de bienes igual en cantidad y especie, pero una agresión al fin y al cabo. De este modo, no vamos a considerar que la prohibición de la compensación sea una medida para preservar el principio de limitación de facultades del deudor, sino una medida para preservar la integración de los acreedores en la masa pasiva, de modo que no puedan escapar al sometimiento a las reglas concursales.

Sin embargo, pretendemos sostener aquí que la prohibición de la compensación en el seno del concurso no requería tal previsión en la Ley Concursal; y esto puede inferirse de un somero análisis del régimen jurídico de la compensación, que se encuentra en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil. Además de dos sujetos que sean recíprocamente acreedores y deudores el uno del otro, el artículo 1196 CC exige cinco condiciones para que se dé la compensación:

1º Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro.

2º Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado.

3º Que las dos deudas estén vencidas.

4º Que sean líquidas y exigibles.

5º Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.

Como muy bien señala DIEZ DE LEZCANO, las condiciones 3ª y 5ª difícilmente se cumplen en los supuestos de concurso de acreedores⁷⁰¹. Por un lado, las deudas no tienen por qué estar vencidas pues la declaración de concurso no tiene tal efecto; el vencimiento de las deudas del concursado se produce de manera anticipada con la apertura de la fase de liquidación y no antes. Por otro lado, es condición indispensable para compensar los créditos que no exista sobre los mismos retención o contienda alguna promovida por terceros. Tal bloqueo se produce claramente con la declaración de concurso, lo que impide el juego de la compensación. Existiendo una pluralidad de acreedores que acuden al juicio universal, esto es, que se dirigen contra el deudor cuyo patrimonio se ha consolidado en una sola masa cerrada, habrá de entenderse que sobre todos y cada uno de los bienes existe reclamación de todos y cada uno de los acreedores. La situación de concurso se caracteriza precisamente por sustituir

⁷⁰¹ DIAZ DE LEZCANO, N., “La compensación en la Ley Concursal. Régimen general y excepciones”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 2638-2639.

los juicios singulares por un único juicio contra la masa activa del deudor. En ese caso, los acreedores se dirigen contra una misma masa de bienes, impidiéndose la compensación ya que siempre hay un tercero que pugna por el patrimonio en cuestión. No sería posible diferenciar el objeto de la compensación del resto de la masa activa; se trataría de una operación prohibida, no acorde con el sentido del Derecho concursal.

Entonces, ¿Qué sentido tiene la prescripción que prohíbe la compensación de créditos en sede concursal? Ha quedado claro que en ausencia de la misma, la interdicción seguiría operando vía artículo 1196 CC. Seguramente el sentido de esta reiteración sea el de no dejar ningún género de dudas sobre la *vis attrativa* del procedimiento concursal. A través de la prohibición de la compensación, el legislador envía un mensaje claro: no hay más posibilidades para los acreedores que entrar en el concurso. Más que la igualdad de los acreedores, lo que se fomenta es el poder del concurso a través de la integración de todos los acreedores; así se configura como el ente que ostenta el monopolio para ordenar las masas activa y pasiva del deudor. La admisión de la compensación, tal y como se ha señalado podría no tener efectos sobre la igualdad de los acreedores en el cobro (en algunos casos), de manera que se entiende que la razón para prohibirla es la caracterización del procedimiento concursal como único cauce para la satisfacción del crédito tras la declaración judicial. Desde esta óptica, y aunque no tuviera consecuencias cuantificables, la figura de la compensación se tiene que eliminar ya que daría entrada a la posibilidad de que un acreedor cancelara sus créditos antes de que entren en juego las reglas de prelación y privilegios de unos créditos sobre otros. Lo que el legislador no ha podido admitir es que el orden que ha establecido para el cobro de las deudas concursales, pueda verse afectado por un negocio jurídico en principio legítimo; y tanto ha sido el temor en este aspecto, que no ha reparado en que la compensación de créditos no podía darse en el ámbito concursal, ya que no se cumplen las condiciones del artículo 1196 CC.

Volviendo sobre el tema central, existen dos excepciones a esta prohibición en la LCon: por un lado el artículo 58 LCon señala que “producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración”; y por otro, se encuentra una excepción que no es tal, pues la doctrina⁷⁰² y la

⁷⁰² CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., *Lecciones... op. cit.*, pág. 83; ALBALADEJO CAMPOY, M. A., “La prohibición...” *op. cit.*

jurisprudencia señalan que *no cabe comprender en la prohibición del art. 58 LC (LCon en este trabajo) la compensación que tiene lugar por el tracto sucesivo de una relación contractual que sigue en vigor tras la declaración del concurso y cuya operativa técnica se asienta precisamente en el sistema de compensación automática por acuerdo de las partes y por la naturaleza propia de la dinámica contractual, como es el caso de la cuenta corriente de crédito en la que se reflejan las disposiciones e ingresos del acreditado*⁷⁰³. Por tanto, *las posiciones acreedoras o deudoras recíprocas originadas en el seno de un contrato bilateral inconcluso, no pueden ser tratadas en el concurso como créditos independientes impedidos de compensación*⁷⁰⁴. Tal operación se da con más claridad que en otros supuestos en la relación de cuenta corriente, tesis que se viene sosteniendo también desde los inicios de la LCon⁷⁰⁵, ya que se está tratando con saldos transitorios, episódicos, que llevan consigo una ejecución un tanto compleja y que no pueden regirse por las reglas ordinarias.

– *Suspensión del devengo de intereses*. La regla general de suspensión del devengo de intereses legales y convencionales se recoge en el artículo 59 LCon. Se encuentran algunas excepciones a esta regla como los créditos salariales reconocidos o la reactivación de intereses en suspenso en algunos supuestos (convenios sin quita, tras la liquidación, créditos con garantía real, etc). Muy reveladora es la previsión introducida por la Ley 38/2011 en el artículo 84.4 LCon, del que se infiere –tal y como se venía haciendo por vía jurisprudencial–, que la suspensión del devengo de intereses no se va a dar con respecto a los créditos contra la masa. Esto quiere decir, si recordamos que éstos en la concepción de la LCon no son créditos concursales y que no se integran en la masa pasiva, que únicamente opera la suspensión en relación a los créditos que integran la masa pasiva. Nuestra propuesta interpretativa tiende a asimilar crédito contra la masa y crédito concursal, de modo que no existiría tal diferencia entre ambos. Sin embargo, que el legislador asocie la suspensión del devengo de intereses tan

⁷⁰³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), 287/2007, de 21 de mayo (JUR 2010/200195), FD 3º.

⁷⁰⁴ ALBALADEJO CAMPOY, M. A., “La prohibición...” *op. cit.*

⁷⁰⁵ En la jurisprudencia destaca, además de la ya citada, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 17550/1993, de 20 de mayo (RJ 1993/3809); en la doctrina puede consultarse TRUJILLO DÍEZ, I. J., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004, págs. 636-640; este autor los denomina créditos recíprocos o deudas conexas.

solo con los créditos que se integran en la masa pasiva, nos otorga elementos interpretativos suficientes para entender que este efecto de la declaración de concurso incidirá principalmente en el principio de integración, tal y como se está exponiendo.

Sin embargo, en este estudio interesa más destacar las consecuencias de la aplicación de la regla general. Siguiendo a BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, la norma responde *a la necesidad de inmovilizar el pasivo del concursado, haciéndolo cierto y determinado. De no ser así, el devengo de intereses de todas las deudas del quebrado provocaría un paulatino incremento del importe de la masa pasiva, el cual, por su indeterminación, dificultaría los cálculos indispensables para proceder al pago de los acreedores a prorrata del importe de sus créditos*⁷⁰⁶. Se protege de nuevo la certeza sobre la realidad crediticia del concursado, impidiendo el empeoramiento de la situación con la modificación continua de la masa pasiva a través de la generación de intereses. De este modo, la integración no solo es comunidad de pérdidas e intangibilidad de la masa activa, sino también una manera de dar certidumbre sobre el monto total al que debe hacer frente el concursado.

– *Suspensión del derecho a retención.* Fue añadida por la Ley 38/2011, a través del artículo 59 bis LCon. Desde dicha norma, al declararse el concurso queda suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa⁷⁰⁷. Se trata de *una garantía reconocida por la Ley a determinados acreedores, a los que se faculta para conservar en su poder la cosa del deudor hasta que se satisfaga el crédito relacionado con la misma*⁷⁰⁸. De nuevo se está reafirmando la intangibilidad de la masa activa, como contrapartida a la integración de los acreedores en la comunidad de pérdidas. Se suspende un derecho legítimo del acreedor para garantizar que la renuncia forzosa de los acreedores a sus acciones singulares van a

⁷⁰⁶ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual... op. cit.*, págs. 596-597. En este sentido se expresa también GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, señalando que *opera una petrificación de la masa pasiva que simplifica las operaciones concursales.* GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., *Efectos del concurso... op. cit.*, pág. 83.

⁷⁰⁷ Particularmente ilustrativo es el ejemplo que utiliza VICENT CHULIÁ, señalando que el propietario de un taller de reparación no podrá retener el vehículo propiedad del deudor reparado, sino que tendrá que ponerlo a disposición de la administración concursal. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción... op. cit.*, pág. 2104.

⁷⁰⁸ RUIZ DE LARA, M., “Artículo 59 bis”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014, pág. 228.

tener como contrapeso un verdadero juicio universal donde por regla general el titular de un crédito no podrá contar con nada más que su integración en la masa pasiva. Los derechos accesorios tales como la retención se suspenderán en pos de una integración efectiva, y la intangibilidad preceptiva para el éxito del proceso.

Por otro lado, si el concurso concluye y estos bienes no han sido enajenados, deben ser restituidos a quien tenía tal derecho de retención, siempre y cuando su crédito no haya sido satisfecho. La aludida suspensión se muestra en ocasiones como una medida discriminatoria, llevando muy lejos la posición prevalente de la Administración Pública al establecerse la inmunidad de la misma a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social.

5. Recapitalución

El principio de integración se ha tratado aquí como el axioma que ordena la formación de la masa pasiva del concurso. Hemos separado dicho concepto de la universalidad, propia de las operaciones de conformación de la masa activa, entendiendo que el principio de integración viene dado por la sujeción de los acreedores a la comunidad de pérdidas. La creación de dicho consorcio es el contenido esencial del principio de integración, aunque no se agota ahí. Se ha podido identificar un contenido mediato o necesario, cuyo papel es garantizar la participación en las pérdidas de los acreedores integrados: la intangibilidad de la masa activa. La prohibición de agredir el patrimonio a través de ejecuciones singulares es una consecuencia obligatoria de la aplicación del principio de integración; sin esta previsión el sistema no podría ser coherente. Por último, se han destacado otras normas de la Ley Concursal cuyo contenido apoya o reafirma el principio de integración. Son determinados efectos sobre los créditos, que podrían no haberse previsto sin que ello corrompiera el significado del axioma, pero que favorecen su aplicación.

El principio de integración responde a un objetivo instrumental dentro del proceso de concurso. A través de éste se consigue la sujeción de los acreedores al juicio universal donde el procedimiento, los privilegios, preferencias, etc., van a estar regladas por Ley⁷⁰⁹. La norma dispone sobre estas cuestiones como un medio para llegar a los

⁷⁰⁹ CORDÓN MORENO, F., “Algunas cuestiones procesales...” *op. cit.*, pág. 42.

objetivos generales de satisfacción de acreedores y conservación de empresa. El legislador entiende que el cauce más efectivo para la consecución de éstos es la aplicación de unas reglas de naturaleza concursal. Sin la integración general de los acreedores, el establecimiento de las normas de concurso no encontrarían el destinatario sobre el que aplicarse. Para que pueda darse el concurso de acreedores de manera efectiva y en toda su extensión, es necesario el sometimiento de los titulares de créditos contra el concursado; dicha operación de sujeción se sustancia a través de un consorcio de pérdidas que determina uno de los principios más básicos de la LCon.

También se debe destacar la relación entre el principio de integración y el de igualdad de los acreedores. Es habitual el análisis de la integración de la masa pasiva que utiliza como hilo conductor y justificación de dicha operación la *par conditio creditorum*⁷¹⁰. Si bien este principio concursal merece –y tiene– tratamiento separado en este estudio, cabe señalar que nuestra propuesta no ha ido en este sentido. Entendemos que la igualdad de los acreedores es un principio que rige en el momento de la solución, esto es, en un estadio posterior a la fase común, que es donde tiene lugar la integración y que por tanto representa otro axioma concursal. Obviamente, si consideramos en sentido amplio la igualdad de los acreedores, la falta de integración de algunos de ellos podría corromper a aquélla. Tampoco podemos negar que la rigurosa aplicación del principio de integración va a implicar finalmente una solución al concurso donde se respete en mayor medida la igualdad de los acreedores, al haber sido todos incluidos en la masa pasiva. No obstante, resulta necesario distinguir entre ese concepto semántico de igualdad y el concepto técnico –concursal– de la *par conditio creditorum*. Sobre este extremo volveremos más adelante, baste aquí señalar que la integración no es la concreción del principio de igualdad de los acreedores, sino que su contenido viene determinado por la creación de un consorcio de pérdidas, donde en sede liquidatoria (quizá de convenio), operará la *par conditio creditorum*. Desde el punto de vista técnico, la integración es un principio autónomo que responde a la conformación de una comunidad de pérdidas, independientemente que de su correcta aplicación pueda derivarse un proceso concursal más justo o equitativo. Es evidente que existen vasos comunicantes en la esfera concursal, pero el fundamento de este axioma no es que se pague a todos equitativamente, sino que todos pierdan, sin entrar en qué medida.

⁷¹⁰ MARÍN LÓPEZ, M. J., *Comentarios... op. cit.*, pág. 446.

IX. PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

1. Premisa: naturaleza dual asimétrica

Destaca en la LCon una idea que es repetida y enunciada de diferentes formas: la conservación de empresa. Con ánimo de dar la denominación más amplia posible hemos preferido al intitular este capítulo usar la expresión “actividad económica” y no el término “empresa”. Normalmente, cuando se habla de continuidad o conservación de la actividad o de la empresa, se está haciendo referencia a la posibilidad de finalizar la situación de insolvencia por una vía no solutoria, en que no haya liquidación del patrimonio del deudor, sino que se obtenga una solución pactada entre éste y sus acreedores, lo que implicaría el mantenimiento de la actividad económica después incluso de la aplicación del Derecho concursal. La idea de potenciar este tipo de soluciones, a través de una fase alternativa de convenio y evitando la temida liquidación, fue uno de los principales objetivos del legislador en la génesis de la Ley Concursal de 2003⁷¹¹. Ya en la Exposición de Motivos puede leerse: “El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud”. Por tanto, el valor que *a priori* se está otorgando al convenio y a la solución pactada es, al menos intencionalmente, muy alto. No podemos pasar sin destacar que la misma Exposición de Motivos aclara que la finalidad del concurso no es el saneamiento de empresas; aun así, el convenio es el medio para cumplir el objetivo de conservación de la actividad profesional o empresarial, pudiendo esto ayudar a reflotar aquellas unidades productivas que aun son total o parcialmente viables⁷¹². Por tanto, existe una cierta

⁷¹¹ En contra, parte de la doctrina relativiza el valor de este principio, evitando darle la categoría de fin en el procedimiento concursal, a favor de la satisfacción de los acreedores. BATALLER, J., “La desjudicialización de la insolvencia. Una visión crítica”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 1183-1186.

⁷¹² En la Ley Concursal está presente la dialéctica entre los dos modelos normativos de concurso: el liberal –de naturaleza liquidatoria– y el social –que trata de conjugar otros intereses y superar las situaciones de insolvencia por vía concordataria fundamentalmente–; sin que ninguno de ellos haya sido acogido en su totalidad por nuestro sistema, que retiene características de ambos. *Vid.* FONT GALÁN, J. I., MIRANDA SERRANO, L. M., PAGADOR LÓPEZ, J. y VELA TORRES, P. J., “Derecho concursal y Constitución económica...” *op. cit.*, págs. 198-203. Los mismos autores terminan reconociendo un tercer

lógica de la continuidad empresarial que subyace a la LCon y que se pone de manifiesto a través de la pretendida solución habitual del concurso: el pacto o convenio concursal.

Sin perjuicio de profundizar más adelante en el contenido de este axioma concursal, lo presentamos aquí como un fenómeno de doble manifestación: por un lado encontramos la acepción habitual, ligada a la no liquidación del patrimonio del deudor y por tanto el mantenimiento de la actividad económica desarrollada con anterioridad a la declaración de concurso; y por otro, podemos identificar –siempre vinculada a la anterior–, las medidas protectoras de la continuidad de la actividad durante el procedimiento concursal. De aquí que concluyamos que existe una naturaleza dual en el principio de conservación de la actividad económica, puesto que según el momento del procedimiento en que nos situemos, podemos encontrar diferentes prescripciones que apoyan esta idea desde perspectivas distintas: unas veces dentro del propio procedimiento y otras con la finalización del mismo. Además, dicha dualidad sería también asimétrica ya que existe un desequilibrio en la importancia que la norma da a una y otra manifestación. De hecho, sobre la conservación de la actividad tras el concurso se reconoce expresamente que es un reto a cumplir por la Ley de 2003. El valor de esta acepción tendría un peso específico superior en el contenido del principio que ahora estudiamos; mientras que la continuidad durante el proceso tendría un papel secundario, mediato en tanto que su importancia estriba en impedir que haya una interrupción de la producción o prestación de servicios durante el procedimiento de insolvencia, lo que supondría un lastre para la continuidad post-concurso.

Naturalmente, el grado de intensidad con que la norma concursal intenta promocionar la continuidad empresarial es una de las grandes cuestiones en Derecho concursal. Uno de los datos que definen un sistema concursal es su inclinación hacia la liquidación del patrimonio del deudor o hacia el pacto continuativo con sus acreedores. En este sentido, la conservación de la actividad económica, al menos en principio, no podrá venir dada por la liquidación puesto que ésta implica dejar sin infraestructura

modelo llamado *híbrido*, al que se acogería la LCon por la mezcla de elementos de los modelos liberal y social, en: “La continuación de la empresa en crisis entre el Derecho concursal y el Derecho de la competencia”, *Estudios de Derecho de la competencia* (coordinado por FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M.), Madrid, Marcial Pons – Servicio de Publicaciones de la UCO, 2005, págs. 52-56; y “Viabilidad *antitrust* de las soluciones concursales de conservación de la empresa. *Socialización concursal* del Derecho de la competencia”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 252, 2004, págs. 473-479.

suficiente al deudor para retomar la empresa o profesión⁷¹³, cuando no deviene directamente en disolución por tratarse el deudor de una persona jurídica. Por tanto, conocer la tendencia de nuestro Derecho concursal en este punto resulta fundamental para discurrir si existe realmente un principio de conservación de la actividad económica del deudor. La continuidad empresarial o profesional se revela como un tema absolutamente fundamental en la descripción axiológica del Derecho de la insolvencia, siendo una necesidad para una investigación de estas características valorar hasta qué punto se incentiva aquélla en la Ley Concursal.

Ahora bien, las tensiones existentes entre estas dos manifestaciones del principio y las posibles diferencias en torno a las justificaciones de una y otra, son los obstáculos que en adelante trataremos de salvar para identificar un principio general en la Ley Concursal que pueda dar cabida a todas las realidades descritas.

2. Continuación de la actividad durante el procedimiento

El artículo 44 de la Ley Concursal señala en su primer apartado que la declaración de concurso no interrumpe la actividad profesional o empresarial del deudor. Así se enuncia en términos generales la primera de las manifestaciones del principio concursal que analizamos. Inicialmente, el interés por esta regla debe dirigirse hacia la identificación de las razones que han llevado al legislador a establecerla como una de las ideas que rigen el buen proceder del concurso como institución jurídica. La gestión de la masa activa durante el procedimiento concursal es un tema relevante dentro del sistema concursal, de cuyo tratamiento depende su categorización como principio autónomo, o bien —es nuestro caso—, su consideración como parte de otro axioma mayor. En este sentido, los motivos del legislador son la clave interpretativa de la cuestión; entendiendo que si tanto la conservación de la empresa tras el concurso como la continuidad de la actividad durante el mismo están determinados por los mismos objetivos, se trata en definitiva de un mismo principio con varias formas de expresión.

⁷¹³ Veremos en el próximo epígrafe que dicha afirmación no puede ser categórica.

La masa activa, acumulación de los bienes y derechos del concursado, puede caracterizarse como un *patrimonio de ejecución*⁷¹⁴, cuyo destino es servir a la satisfacción de los acreedores que integran la masa pasiva. Dada esta característica finalista de la masa activa, puede inferirse una cierta responsabilidad sobre la gestión de la misma, que algunos autores han identificado con un verdadero deber de gestión eficiente de la masa activa⁷¹⁵. El destinatario de tal deber sería la administración concursal o el deudor, en función de la limitación a las facultades patrimoniales de este último. Si buscamos la justificación a tal deber, podemos encontrar argumentos diferentes: desde la explicación más básica, que relaciona dicha exigencia con la conservación de la masa activa “del modo más conveniente a los intereses del concurso”⁷¹⁶; a la más arriesgada, que encuentra como justificación al mencionado deber y a las propias actividades de gestión de la masa activa, una supuesta exigencia de interés general, que hunde sus raíces en preceptos constitucionales, como el artículo 38 CE⁷¹⁷ (de forma que la libertad allí consagrada, revestiría al concepto de empresa de cierta coraza constitucional que inclinara la normativa hacia la protección de la misma).

La posición que mantenemos aquí es la de un deber de “gestión eficiente de la masa activa”, que va a justificarse por la propia satisfacción de los acreedores, lo que redundará en una obligatoria acción en favor de la conservación de la masa. La Profesora PULGAR EZQUERRA señala que *la finalidad del concurso no es el saneamiento, esto es, el restablecimiento del equilibrio financiero-patrimonial de las empresas, sino la conservación de empresas como medio para satisfacer los intereses de los créditos afectados por la crisis*⁷¹⁸. Quizá ésta sea una postura extrema, pero no

⁷¹⁴ AAVV., *Sociedades Mercantiles. Memento práctico*, Madrid, -coordinado y editado por- Ediciones Francis Lefebvre, 2010, pág. 1261.

⁷¹⁵ Tal deber es identificado como una exigencia inferida de las prescripciones de la LCon que propugnan la continuidad de la actividad económica por TAPIA HERMIDA, A., “La gestión de la masa activa del concurso”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 4416 y ss.

⁷¹⁶ Artículo 43.1 LCon.

⁷¹⁷ TAPIA HERMIDA, A., “La gestión...” *op. cit.*, 2004, págs. 4418-4422.

⁷¹⁸ PULGAR EZQUERRA, J., “Aprobación de la reforma concursal en el pleno del Congreso ¿cambio de sentido de la reforma”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 58, 22 de mayo de 2003, pág. 4; Epígrafe VI, apartado octavo de la Exposición de Motivos de la Ley (citada por TAPIA HERMIDA, A., “La gestión...” *op. cit.*, pág. 4422).

deja de señalar una importante realidad: lo primordial en el concurso es la satisfacción de los acreedores, y de ahí dimana el procedimiento para tratar la insolvencia. No obstante, como ya se ha visto, existen razones económico-sociales que han llevado al legislador a tratar de caracterizar la institución concursal como una suerte de pena con pretensión de reinserción (conservación de la empresa). La continuidad de la actividad económico-profesional se puede entender como un objetivo con suficiente entidad como para ser tratado por separado a la satisfacción de los acreedores. El primero siempre estará supeditado al segundo, aunque no son incompatibles; al contrario, el legislador trata de llegar al principal a través del secundario. Ésa es la verdadera razón de ser del ejercicio de facultades de gestión sobre la masa activa: la conveniencia de mantener viva la actividad económica desempeñada por el deudor, incluso durante el procedimiento, como un paso previo a la conservación de la empresa tras el concurso, lo que redundaría –con los ajustes necesarios– en la obtención de beneficios posteriormente dedicados al pago de los acreedores⁷¹⁹.

La continuación de la actividad implica la no interrupción del ejercicio profesional o empresarial del deudor. Funciona así atemperando la prohibición del artículo 43.2 LCon (“Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez”), que no opera para ciertos actos recogidos en los artículos 43.3 y 44 LCon⁷²⁰. Entre ellos destacan: aquellos que la administración

⁷¹⁹ Esta idea parece estar presente cuando MONEREO PÉREZ señala: *En todo caso, tras la declaración del concurso es una prioridad la conservación y administración de la masa activa. Lo cual no supone necesariamente que tenga que conservarse la empresa en funcionamiento, aunque puede que sí sea esta medida conservativa lo más conveniente para la satisfacción de los intereses más merecedores de protección.* MONEREO PÉREZ, J. L., *La conservación... op. cit.*, pág. 68.

⁷²⁰ La sistemática utilizada parte de un enfoque práctico propio de la Ley, pero que desde la concepción axiológica de esta investigación no se comparte. No se entiende que si el principio que enunciamos está consagrado en el artículo 44 LCon, previamente en el artículo 43 se inicie un catálogo de actos que no van a quedar bajo la prohibición de enajenar bienes de la masa activa, donde ocupan un lugar preminente los actos de disposición necesarios para la continuidad empresarial o profesional. No pretendemos criticar la elección de este orden establecido por el legislador concursal, tan solo dejar constancia que la Ley 22/2003 podría inducir a error sobre el precepto en que tiene lugar la descripción e identificación de los principios concursales, en este caso en lo relativo a la continuación de la actividad profesional o empresarial. Lógicamente, nuestro análisis no puede imponerse en todo momento y por sistema a la incorporación de preceptos que reduzcan el grado de abstracción; no obstante, celebraríamos que la Ley Concursal tuviera un título preliminar comprensivo de los principios ordenadores de la institución para evitar este tipo de disfunciones.

concurzal considere necesarios para la viabilidad de la empresa⁷²¹ u otras necesidades de tesorería; actos inherentes a la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor (arts. 43.3.3º y 44 LCon); o los actos de disposición que no sean necesarios en los términos anteriores, siempre que se haya presentado una oferta que guarde identidad con el valor que se ha dado de los bienes o derechos en cuestión en el inventario (art. 43.3.2º). Por otro lado, la continuidad de la actividad profesional o empresarial, tendrá también su reflejo en la consideración de créditos de la masa de aquellos que genera la propia actividad con posterioridad a la declaración de concurso⁷²², de manera que su satisfacción será prioritaria a otros créditos.

Efectivamente, de estas ideas se puede inferir que la continuación de la actividad económica durante el procedimiento va a implicar en ocasiones cortapisas a otros principios concursales como la limitación de facultades del deudor. De hecho, esta circunstancia se produce no solo en el desarrollo de la fase común, donde recordemos que si se decreta el régimen de intervención, se determinan los actos propios del giro para los que el deudor está autorizado –de manera que el criterio para vencer algunas limitaciones propias del sistema concursal son la continuidad económica–; sino también con anterioridad al nombramiento de la administración concursal. En este caso, se evita expresamente la paralización de la actividad durante dicho intervalo⁷²³ (declaración de concurso – nombramiento de la administración concursal), habilitándose al deudor a realizar los actos propios de su sector que sean imprescindibles para la continuación de la actividad, en tanto se ajusten a las condiciones normales de mercado. La previsión del artículo 44.2 LCon viene por tanto a refrendar una clara intención del legislador, de no cesar en la actividad profesional o empresarial del concursado, admitiéndole cierto margen de actuación hasta la llegada del administrador concursal. Se conjugan aquí los principios de limitación de facultades y de conservación de la actividad, expresándose

⁷²¹ En virtud del artículo 44.2 LCon, en caso de intervención, estos actos propios del tráfico pueden ser autorizados de forma general por la administración concursal sin que sea necesaria la autorización o conformidad en cada caso, facilitándose así la continuidad en la actividad.

⁷²² RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “Efectos de la declaración de concurso”, *Derecho Mercantil II* (Coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.) Madrid, Marcial Pons, 2010, págs. 911-912.

⁷²³ SELLER ROCA DE TOGORES, L., “Artículo 44”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014, págs. 186-187.

este último desde el inicio del procedimiento para impedir que una interrupción en la esfera económica del deudor suponga a la postre el cese de sus actividades.

El principio tiene dos importantes excepciones dentro de esta primera manifestación. La primera se configura de forma general en el artículo 44.4 LCon, que señala que el Juez (a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa), podrá acordar el cese de la totalidad o de parte de la actividad⁷²⁴. Ello tendrá lugar de manera excepcional y siempre que la satisfacción de los acreedores, finalidad que inspira el principio de continuidad de la actividad, aconseje variar el criterio⁷²⁵. La segunda guarda relación con las Empresas de Servicios de Inversión que como se viene diciendo, su naturaleza las hace aptas –según el legislador– para ser destinatarias de un régimen concursal especial; de manera que la declaración de concurso de una entidad de estas características supondrá la revocación de la autorización administrativa y por tanto, el cese de su actividad.

⁷²⁴ Ante las dificultades para encajar constitucionalmente esta medida, por el derecho a la libertad de empresa, algunos autores realizan una interesante interpretación de las condiciones de aplicación del precepto, restringiendo su uso a favor de garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales. En este sentido debería el Juez contar con el consentimiento del deudor para llevar a cabo el cierre de establecimientos si éste se encuentra en un régimen de intervención; mientras que en el régimen de suspensión también habría de recabar el Juez este consentimiento para un cese total de la actividad, no así para un cese parcial. FONT GALÁN, J. I., MIRANDA SERRANO, L. M., PAGADOR LÓPEZ, J. y VELA TORRES, P. J., “Derecho concursal y Constitución económica...” *op. cit.*, págs. 203-265; “Capacidad empresarial del deudor concursado y capacidad judicial de cierre de la empresa”, *Personalidad y capacidad jurídicas* (coordinado por CASADO RAIGÓN, R. y GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.), Tomo I, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la UCO, 2005, págs. 479-576. Los mismos autores han utilizado en otras ocasiones el argumento de que la CE realiza un mandato al poder público para que éste atempere las consecuencias antisociales de una concepción puramente capitalista de la economía y el sistema concursal (de acuerdo con el concepto de Estado social), por ejemplo: “Viabilidad *antitrust* de las soluciones concursales...” *op. cit.*, págs. 529-531. Sobre la libertad de empresa como derecho humano: PÉREZ-SERRABONA, J. L., “Derecho de libertad de empresa. Art. 17 DUDH y concordantes”, *El sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes* (dirigido por MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L.), Granada, Comares, 2015.

⁷²⁵ En este sentido, CORDÓN MORENO, F., *Proceso...* *op. cit.*, pág. 123.

3. Conservación de la actividad tras el concurso

La segunda manifestación del principio de conservación de la actividad económica se corresponde con el sentido que se otorga más habitualmente a esta expresión. Recogiendo las ideas que introducían este capítulo, entendemos que la continuidad de la actividad empresarial o profesional durante el concurso es un objetivo del legislador en tanto en cuanto sirve a un fin mayor: la continuación tras el procedimiento concursal. El objetivo de conservación de empresa difícilmente puede conjugarse con un deudor concursado que ha cesado en su actividad productiva de bienes y servicios durante el proceso de insolvencia. Las exigencias de los mercados en que operan los empresarios y profesionales desaconsejan intensamente el cierre temporal de una actividad por un procedimiento concursal. Entendemos que la interrupción en un contexto competitivo supondría una carga imposible de levantar por un empresario o profesional en dificultades. Por tanto, la continuación de la actividad durante el procedimiento está auspiciada por la necesidad de dicha medida si se pretende que aquélla pueda conservarse aun después del concurso.

3.1. Formas de solución pactada al problema de la insolvencia

En cuanto a la intención de la norma, hemos ya repetido en varias ocasiones que desde la Exposición de Motivos se califica el convenio y la continuidad empresarial como la solución más deseada y pretendidamente habitual. En apoyo a esta idea, el sistema concursal evita que los efectos más graves del concurso, aquellos que pueden ser incompatibles con la continuidad de la actividad económica (disolución de sociedad, resolución de contratos, vencimiento de créditos, etc.), se vinculen a la declaración de concurso, sino que se reservan a la apertura de la fase de liquidación⁷²⁶. Por tanto, la aplicación del procedimiento *per se* no implica tales consecuencias. El primer dato es pues que existe una puerta abierta para la conservación de empresa. En la génesis de la LCon, esa puerta no es otra que el convenio concursal, de modo que ese haz de efectos que llevan a la liquidación y que comúnmente se han llamado la función solutoria del concurso, conviven con un sistema alternativo y que implica el pacto entre deudor y

⁷²⁶ DÍEZ SOTO, C. M., *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Madrid, Reus, 2006, pág. 228.

acreedores para solucionar el problema de la insolvencia sin acabar con la estructura económica del concursado.

Sobre el convenio concursal existen diferentes teorías que explican su naturaleza jurídica⁷²⁷:

– *Teorías procesalistas*, que destacan la intervención judicial en la génesis del negocio jurídico, disminuyendo su vertiente pacticia ya que el control judicial no se refiere únicamente a al cumplimiento de los requisitos legales sino también a la oportunidad del convenio.

– *Teoría contractualista*, que eleva el valor de la autonomía de la voluntad, al entender que el Juez no interviene en la formación de ésta sino que solamente garantiza el correcto desarrollo de la negociación desde un punto de vista legal. Se trata más de una intervención sobre la forma en la que se llega al acuerdo que sobre el contenido del mismo.

– *Teoría ecléctica*, que tiene elementos de las dos anteriores a partir de una concepción privada del acuerdo entre deudor y acreedores pero que necesariamente va a estar supeditada a una suerte de homologación judicial y por tanto sometida a una garantía de carácter público.

El convenio concursal es un instrumento que en Derecho concursal español ha estado, por regla general, estructurado con un modelo más cercano a la teoría contractualista. Esta concepción ha estado instalada en nuestra doctrina desde antiguo, siendo prueba de ello la definición que daba el Profesor GARRIGUES⁷²⁸: *El convenio es un negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor y la colectividad de sus acreedores y sancionado por la autoridad judicial, y que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores por procedimiento diverso de la liquidación en*

⁷²⁷ ENCISO ALONSO-MUÑAMER, M., “El convenio”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 764-765. En efecto se trata de un problema que sigue preocupando a la disciplina, también recientemente: GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “La naturaleza jurídica del convenio concursal”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 1985-2001.

⁷²⁸ GARRIGUES, J., *Curso... op. cit.*, pág. 492.

el juicio de quiebra. Actualmente, el convenio concursal se califica en la Exposición de Motivos de la LCon como un acuerdo donde la autonomía de la voluntad juega un papel decisivo. Parece por tanto que mantenemos esta tradición ciertamente contractualista, no obstante, se introducen algunos matices a este respecto en la Ley. La *moralización*⁷²⁹ que ha buscado el legislador en relación al contenido del convenio concursal, limitándolo y prohibiendo diversos tipos de pactos, vienen a maquillar el imperante valor de la autonomía privada en nuestro convenio concursal. Por tanto, con ciertos matices pero siempre bajo la preponderancia de la autonomía de deudor y acreedores para establecer quitas, esperas o cualquier otra medida no prohibida en la LCon, se describe el perfil de nuestro convenio.

Así se inició la aplicación del principio de conservación de la actividad a partir del nuevo texto, la Ley Concursal de 2003, basando el axioma concursal en la expectativa del recurso al convenio como solución habitual al procedimiento de concurso. No obstante, la aplicación de la norma en sus primeros años va a desarrollar un escenario bien diferente. La falta de concursos que finalizaran con un convenio ha sido un hecho notorio y del que ya hemos proporcionado datos en esta investigación⁷³⁰. El irrisorio porcentaje de soluciones pactadas al procedimiento de insolvencia viene dado en gran medida por la inadecuación de la Ley Concursal para dar soluciones que aseguren la continuidad empresarial o profesional. Estaríamos ante una norma que no ha sabido plasmar un marco atractivo para el convenio concursal. De hecho, el análisis de los datos a que nos remitimos en nota anterior, proyecta que la mayoría de empresas se encuentran en situación de insolvencia cinco años antes de la solicitud de concurso⁷³¹. Ante esta situación, de apertura del procedimiento concursal excesivamente tardía y

⁷²⁹ PULGAR EZQUERRA, J., “El contenido dilatorio y remisario del convenio concursal y las ayudas de Estado”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº1, 2004, págs. 135 y ss.

⁷³⁰ A mayor abundamiento, se puede consultar el análisis de los datos del periodo 2006-2012 que realiza HUALDE LÓPEZ (coord.), en el que se constata que el aumento exponencial de procedimientos concursales durante los años más duros de la crisis no estuvo seguido del recurso sistemático al convenio concursal. Se pasó de los 124 convenios y 844 liquidaciones en 2006, a 623 convenios por 8448 liquidaciones en 2012. REDÍN GOÑI, D. M., ARANDA LEÓN, C. y ARELLANO GIL, J., “Análisis económico”, *Las soluciones a la situación de insolvencia. Un análisis jurisprudencial y económico* (coordinado por HUALDE LÓPEZ, I.), Pamplona, Aranzadi, 2014, pág. 446.

⁷³¹ Aplicando el modelo de ALTMAN, *Ibidem*.

falta de motivaciones para acudir a la solución pactada, la doctrina ha señalado que el legislador concursal, en plena crisis económica, trató de incentivar el convenio concursal a través de diferentes reformas de la LCon en los años 2009, 2011 y 2014⁷³². Sobre el contenido de dichas reformas hemos hablado en la primera parte de este trabajo; baste aquí decir que las medidas estaban encaminadas a facilitar la consecución del convenio en el marco del procedimiento concursal con incentivos de todo orden (modificación de los requisitos de la propuesta anticipada, ampliación del contenido del convenio, consideración de créditos contra la masa de aquellos que surgen tras la aprobación de éste, etc).

¿Cuáles fueron los resultados de dichas reformas? Si tomamos los datos del año 2014, observamos cómo solo un 7,53% de los concursos que llegaron a la fase alternativa finalizaron en convenio. Llama también la atención que un 10,95% de esos procedimientos que llegaron a la fase sucesiva acabaron en liquidación tras una fase de convenio fracasada antes o después de la aprobación del mismo⁷³³. Por tanto, ni siquiera uno de cada diez procedimientos finalizaron en el año 2014 a través de pacto entre el concursado y sus acreedores. La cifra muestra una evidencia, y es que las reformas en materia de convenio no están surtiendo el efecto que se pretende. El principio de conservación de la actividad se ve así amenazado ya que la efectividad del mismo queda en entredicho. La aplicación del axioma pasa por un instrumento absolutamente infrutilizado en Derecho concursal, el convenio, cuya estructuración en la LCon produce una importante incoherencia. Mientras la propia norma propugna la solución pacticia como el desarrollo habitual del procedimiento concursal, la realidad es bien diferente tal y como arrojan los datos. Las sucesivas modificaciones de este instituto concursal no han conseguido el éxito esperado, de modo que el principal instrumento para la consecución de la continuidad empresarial o profesional se ha revelado como ineficaz y obsoleto.

Ante esta coyuntura, y aunque no pretendemos entrar en cuestiones que se han tratado extensamente en el análisis de las reformas de la LCon, el legislador decidió iniciar una nueva disciplina denominada precurso. La entrada de nuevos cauces

⁷³² ENCISO ALONSO-MUÑAMER, M., “El convenio”... *op. cit.*, págs. 763-764.

⁷³³ VAN HEMMEN ALMAZOR, E., *Estadística concursal...* *op. cit.*, pág. 21.

procesales para obtener un resultado que garantizara la conservación de empresas suponía desvirtuar en cierta medida el concurso ordinario. La aparición de los acuerdos de refinanciación y del acuerdo extrajudicial de pagos no vienen sino a establecer vías paralelas a las del concurso clásico. Repetiremos una vez más que bajo nuestra visión no resulta justificable crear caminos alternativos como reacción a la imposibilidad de la Ley para obtener los resultados esperados –sí como apoyo de forma coordinada, pero no sustituyendo al sistema–. Una importante obra legislativa, que reforma y refunde un sector fundamental del ordenamiento se ve así viciada, al conformarse procedimientos cuyo objetivo principal es escapar al procedimiento concursal⁷³⁴, por haberse detectado problemas estructurales en él. No podemos compartir que la manera de llegar a la obtención de uno de los principios de la Ley Concursal sea creando cauces procesales diferentes aquél en que debiera tener virtualidad dicho principio. Si la continuación de la actividad es un axioma que la Ley Concursal mantiene como propio del procedimiento ordinario de concurso, no tiene sentido el modo en que se han conformado estos cauces preconcursales. Se necesita en este punto o bien la introducción de elementos de racionalidad que hagan operativo el principio dentro del sistema concursal ordinario, con lo cual podría convivir perfectamente con los institutos preconcursales; o bien eliminar dicho principio en relación a un proceso que, como se ha comprobado, no responde en términos cuantitativos y de realidad a las exigencias de aquél.

La doctrina viene reconociendo que la aparición de los institutos preconcursales encuentra su causa en el intento del legislador de aumentar la efectividad del principio de conservación de la actividad profesional⁷³⁵. Es una idea pacífica que las numerosas reformas de la LCon van encaminadas a potenciar una de las funciones del concurso de acreedores, la conservativa, cuyo éxito ha sido desde la promulgación de la norma muy escaso, precisamente por su convivencia con otra función de naturaleza principal, la

⁷³⁴ Se trata de una idea que de manera más o menos explícita se reconoce por la doctrina. Incluso algunos autores se han aventurado a señalar los motivos de esta inaplicación de la normativa originaria sobre insolvencia a favor de instrumentos preconcursales, entre los que estarían la inadecuación del procedimiento ordinario para cumplir sus propios fines (tesis que se ha defendido en esta investigación) o la insuficiencia del sistema –que reclamaría otros institutos para apoyar al concurso de la LCon–. SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “La extraconcursalidad...” *op. cit.*, págs. 1132-1133.

⁷³⁵ VERDÚ CAÑETE, M. J., “El concurso: declaración y órganos”, *Derecho mercantil de contratos. Derecho concursal* (AAVV), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 239.

solutoria, que no puede ceder ante aquélla. Por tanto, además de la promoción del convenio como instrumento que, cumpliendo con la satisfacción de los acreedores, pueda garantizar la continuidad de la actividad, se han previsto otras soluciones llamadas preconcursales, basadas en criterios de celeridad, agilidad y en gran medida desjudicialización, cuales son sus principales virtudes y atractivos, implicando en todo caso la conservación empresarial. La idea que mueve la actividad legislativa de los últimos años es la creación de instrumentos paralelos al Derecho concursal clásico, ante la incapacidad del supuesto procedimiento único para hacer frente a cualquier tipo de insolvencia. No obstante, la técnica utilizada ha sido objeto de numerosas críticas. Nos parece muy representativa la opinión de CAMPUZANO al respecto: *Resulta igualmente imprescindible que las modificaciones que se introducen respondan a una correcta técnica legislativa y sean el resultado de un proceso meditado y reflexivo (...) No es éste el modelo seguido en las últimas reformas de la Ley Concursal, que se han caracterizado por recurrir en exceso a la técnica del Real Decreto-Ley, con una defectuosa técnica legislativa y, en ocasiones, introduciendo medidas particulares y no generales, lo que provoca problemas de interpretación y de aplicación de la normativa. A ello hay que añadir la sensación de legislación en cambio “permanente”, que más allá de las dificultades que provoca para estabilizar un modelo, produce también disfunciones concretas en la aplicación transitoria de las normas*⁷³⁶. Señala además la autora que diferentes medidas que se han introducido en la regulación de los institutos preconcursales se han trasladado después al ámbito concursal, especialmente del convenio⁷³⁷. Es evidente cómo el intento por cumplir con ese principio de conservación de la actividad ha guiado la reforma de nuestra Ley Concursal, que en un inicio lo hacía pivotar sobre el convenio, para más tarde haber trasladado la relevancia a los institutos preconcursales. El cumplimiento de este axioma se ha visto como un imposible dentro del marco del procedimiento ordinario, cambiando así algunos de los postulados iniciales de la norma. No obstante, dicho giro no ha tenido un refrendo en la orientación general de la LCon, que sigue presentando el convenio como la solución habitual al problema de la insolvencia. Entendemos en este punto que las reformas particulares introducen una importante incoherencia en el sistema concursal, que tiene ya un importante desequilibrio basal, al responder a principios e ideas que no pueden

⁷³⁶ CAMPUZANO, A. B., “El Derecho de la insolvencia...” *op. cit.*, pág. 43.

⁷³⁷ *Vid. Supra*, pág. 46.

sustentarse con el articulado de la Ley. El principio que analizamos es el ejemplo más claro de ello, hasta el punto de que la disciplina preconcursal desarrollada para suplantar la función que habría de tener el convenio, se ha transmitido en algunas de sus previsiones al propio convenio concursal. La función conservativa del procedimiento ordinario, a la que haremos más referencias, queda en una difícil situación.

Además, identificamos que en la aparición de los institutos preconcursales no existen solamente problemas de altura teórica y de convivencia de los principios concursales; entendemos también que existen dificultades prácticas de gran entidad. Si el establecimiento de los acuerdos de refinanciación y del acuerdo extrajudicial de pagos hubieran tenido éxito en su difícil tarea de crear un cauce principal y de uso masivo que consistiera en una solución pactada y que garantizara la continuidad empresarial o profesional de los deudores insolventes, podríamos pensar en la pertinencia de estos institutos. Sin embargo, el fracaso de ambos instrumentos ha sido palmario. Los datos hablan por sí solos, aun con la reducción cuantitativa de procedimientos ordinarios –en 2015 se han declarado 5.510 concursos en España⁷³⁸–, el número soluciones extrajudiciales no justifican el esfuerzo legislativo que se ha realizado con su constante modificación. Los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente llegaron en 2015 a 156⁷³⁹ (desde la implantación de la homologación judicial por la Ley 38/2011). Por su parte, la mediación concursal tampoco mejora mucho la perspectiva aunque se haya multiplicado por nueve en 2015, llegándose a la cifra de 400 desde que se introdujo la figura⁷⁴⁰. La mera comparación cuantitativa, por mucho que la tendencia sea la reducción del número de autos declarativos de concurso mientras que ascienden las soluciones preconcursales, no deja lugar a dudas: estos institutos han supuesto un fracaso práctico además de haber introducido incoherencia en la legislación concursal.

⁷³⁸ Instituto Nacional de Estadística, <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epcpro0015.pdf>

⁷³⁹ A partir de marzo de 2014, con el Real Decreto-Ley 4/2014 que facilita el recurso a los mismos, se han producido el 76% de los acuerdos.

⁷⁴⁰ Los datos recogidos provienen del Registro de Expertos en Economía Forenses, órgano de carácter técnico y especializado en el seno del Consejo General de Economistas. REFOR-CGE, Informe publicado el 27/01/2016, <http://refor.economistas.es/cust-nota-de-prensa/nota-de-prensa-madrid-27-01-2016-variables-concursales-para-2016-refinanciacion-y-mediaciones-concursales/>.

3.2. Posibilidades de conservación de la actividad tras liquidación

Hasta el momento, se ha mostrado la solución pactada entre deudor y acreedores como único instrumento capaz de garantizar la continuidad empresarial o profesional; bien sea por la vía ordinaria del convenio concursal o a través de un instituto preconcursal (acuerdo de refinanciación o acuerdo extrajudicial de pagos). Sin embargo, y esto es nuestra opinión, una de las líneas que pueden focalizar con mayor interés los estudios sobre Derecho concursal en el futuro inmediato y que aun no ha sido explorada en exceso es la conservación de empresa incluso con la liquidación del concursado. Atendiendo al análisis realizado, la liquidación implicaría en todas las ocasiones la monetización de los bienes del concursado para dar satisfacción a los acreedores. Así, resulta imposible pensar en la continuación de la actividad profesional o empresarial. No obstante, existen diversas posibilidades infrautilizadas –algunas ni siquiera previstas– en nuestro ordenamiento, que no responden a este esquema habitual de la solución concursal.

a) Transmisión de unidades productivas

A través de la venta de unidad productiva del concursado, el objetivo de conservación empresarial puede cumplirse, aun cuando el precio pagado por aquélla esté destinado a la satisfacción de los acreedores en fase de liquidación. No obstante, esta posibilidad que nos limitamos a citar porque su interés y futurible protagonismo en Derecho concursal merecerían una investigación propia, no podrá predicarse más que del deudor comerciante, restringiéndose por tanto a este tipo de concursado sus efectos sobre el principio de conservación de la actividad. Ante los problemas y lagunas que la Ley Concursal de 2003 planteaba al respecto, el Real Decreto-Ley 11/2014 (y la Ley 17/2014 que lo convalida) ha establecido un nuevo régimen de venta de unidades productivas en el concurso, que trae mayor seguridad a los operadores jurídicos e iniciará sin duda una importante línea de trabajo en los estudios de Derecho concursal conforme su uso se generalice, lo cual parece irremediable si se persigue la conservación empresarial en el marco de la insolvencia. El futuro de este axioma concursal parece muy ligado a la idea de la transmisión de unidades productivas puesto que se trata en este momento de la única posibilidad de conservación de empresa que puede convivir con la liquidación del patrimonio del concursado. A la vista de los malos

resultados del convenio concursal y de los institutos preconcursales, entendemos que la vía menos explotada es precisamente la única que puede garantizar la reasignación de recursos sin extinción de la actividad económica y sin faltar a la satisfacción de los acreedores por cuanto se ha llegado a una liquidación ordinaria del concursado. Por tanto, nos posicionamos indubitadamente con PULGAR EZQUERRA⁷⁴¹, que ya ha señalado la importancia de cambiar de paradigma y evitar el perjuicio en torno a la fase de liquidación concursal, que podrá ser traslativa y por consiguiente respetuosa con el principio de conservación de la actividad.

El nuevo sistema creado por el artículo 146 bis LCon ha sido de momento poco estudiado; centrándose la atención sobre todo en las novedades de la citada reforma del año 2014⁷⁴². Con ella se espera un aumento del recurso de la venta de unidad productiva como medio para cumplir con la vertiente conservativa del Derecho de la insolvencia, produciendo así un efecto positivo no solo sobre los acreedores, sino también evitando el perjuicio social que desde una concepción económica liberal supone la destrucción generalizada de empresas. Aunque existiera desde la promulgación de la LCon una regla general en el procedimiento concursal, consistente en la preferencia de enajenar las unidades productivas de bienes como un todo, las lagunas en el régimen jurídico de dichas ventas no incentivaban su uso⁷⁴³. El artículo 146 bis LCon supone por tanto el marco en el que deben depositarse las esperanzas de cumplimiento del axioma conservativo, al menos en su vertiente empresarial, dentro de un procedimiento que no ha sido capaz a través de los medios clásicos de asegurar su efectividad.

En este sentido, la venta de unidad productiva se ha extendido a lo largo del proceso concursal, siendo posible la misma en cualquiera de los estadios en que se puede encontrar el procedimiento. El RDL 11/2014 además de esclarecer el régimen jurídico de estas transmisiones ha introducido a partir de la remisión del artículo 43.4

⁷⁴¹ PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 17/2014...” *op. cit.*, págs. 13-14.

⁷⁴² Por todos: GENTO CASTRO, Z., “La venta de la unidad productiva en el concurso”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 717 y ss.

⁷⁴³ *Ibidem*.

LCon⁷⁴⁴, la posibilidad, no por vía de la interpretación extensiva –que era la que se venía practicando– sino con toda seguridad jurídica, de realizar la enajenación de unidad productiva durante la fase común. En cuanto al perfil de estas ventas, se han colmado las principales lagunas como el tratamiento de los contratos afectos a la continuidad de la unidad productiva. A este respecto, el precepto señala en su primer apartado: “se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte”⁷⁴⁵. Queda claro por tanto qué contratos van a formar parte del “paquete” que se transmite con la unidad productiva. Además, señala el art. 146 bis las condiciones y remisiones pertinentes para la cesión de contratos y licencias o autorizaciones administrativas. Se dibuja una transmisión *ex lege* sobre la titularidad de determinados negocios jurídicos (los afectos a la continuidad de la actividad) cuando se produce la venta de una unidad productiva en el procedimiento concursal –sin que sea necesario seguir acudiendo a la interpretación jurisprudencial– que solo cederá en los casos tasados.

Estas excepciones que el mismo 146 bis.3 establece se refieren a la voluntad expresa del adquirente de no subrogarse en la posición del concursado y a la observancia del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en lo relativo a la sucesión de empresa⁷⁴⁶. La cuestión laboral también ha sido controvertida en este tipo de enajenaciones; de hecho, a este ámbito corresponde la novedad más criticada de la reforma. El apartado cuarto del precepto señala que la transmisión no implica la

⁷⁴⁴ Así se estableció en el apartado tercero del artículo 43 LCon por el RDL 11/2014, que más tarde ha sido trasladado a un nuevo apartado cuarto por la Ley 9/2015. Precisamente se ha situado la remisión que permite la venta de unidad productiva durante la fase común en un precepto que construye, junto con el artículo 44, el contenido del principio de conservación de la actividad económica.

⁷⁴⁵ Sobre esta cuestión, entiende PULGAR EZQUERRA que la falta de consentimiento de la parte cuyo contrato se cede determina que éste sea uno de los diversos ámbitos en que las reglas generales sobre obligaciones y contratos se ven modificadas por aplicación del Derecho concursal, idea que se viene expresando desde el inicio de la investigación como uno de sus elementos más fundamentales. PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 17/2014...” *op. cit.*, pág. 14.

⁷⁴⁶ Los requisitos para entender que existe sucesión de empresa se encuentran en el artículo 44.2 ET: “A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”.

obligación de pagar los créditos no satisfechos por el concursado antes de aquélla. Esta regla general, sobre la que se construye –junto con la cesión *ex lege* de los contratos afectos a la actividad– la nueva disciplina de la venta de unidad productiva en el concurso, cuenta con cuatro excepciones: la asunción expresa por parte del adquirente, que se trate de una persona especialmente relacionada con el concursado, que existiese disposición legal en contrario, además de tener que respetarse el artículo 149.4 LCon. Este último prevé que en los casos en que no se ha aprobado un plan de liquidación y se produzca una transmisión de unidad productiva que pueda circunscribirse al concepto de sucesión de empresa, ésta se entenderá no solo a efectos laborales como se venía interpretando, sino también a efectos de Seguridad Social. La crítica que anunciábamos parte de que la asunción de obligaciones con la Seguridad Social ha sido considerada por un sector doctrinal como un modo de *hipertrofia y protección a ultranza* del crédito público⁷⁴⁷, con los efectos desincentivadores que puede tener sobre este tipo de operaciones de venta de unidad productiva, al aumentar implícitamente los costes del adquirente.

Por tanto se parte en esta disciplina no iniciada pero sí pretendidamente reactivada desde 2014, de un contexto en que la Ley obliga a transmitir con la unidad productiva los contratos que son inherentes a la continuidad de la actividad en cuestión; además de “liberar” al adquirente de las deudas impagadas del concursado con anterioridad a la transmisión. La excepción más importante al segundo de los ejes de este régimen se encuentra en la concepción de sucesión de empresa, que hará responder a dicho adquirente a efectos laborales y de Seguridad Social. Sin duda la evolución de este instrumento marcará en buena medida el futuro de un principio concursal, la conservación de la actividad –en su vertiente empresarial–, ante el rotundo fracaso del resto de mecanismos que el legislador concursal ha diseñado para darle cumplimiento.

b) Reestructuración empresarial

Aun dentro de las medidas que pueden cumplir con el principio de conservación de la actividad incluso tras fase de liquidación, una posibilidad –posibilidades– prácticamente inexplorada en nuestro ordenamiento se encuentra en el recurso a las

⁷⁴⁷ GENTO CASTRO, Z., “La venta...” *op. cit.*, pág. 717.

modificaciones estructurales para solventar la insolvencia⁷⁴⁸. Las reformas citadas del año 2014 mejoran las perspectivas por cuanto se ha establecido un régimen para la venta de unidades productivas. Sin embargo, aun no se han dado las condiciones legislativas necesarias para que la reestructuración empresarial sea un nuevo paradigma dentro del procedimiento concursal en el ordenamiento español⁷⁴⁹. Con anterioridad al Real Decreto-Ley 11/2014, ya adelantaba LEÓN SANZ⁷⁵⁰ la falta de adecuación de nuestra legislación concursal a este tipo de instrumentos. Del análisis de este autor destacamos algunas ideas clave sobre las que pivota la ausencia de este tipo de soluciones en la aplicación de la LCon:

– Tomando como base comparativa otros ordenamientos como el norteamericano, se constata que nuestra Ley Concursal no está en absoluto coordinada con la normativa sobre modificaciones estructurales, lo que implica un escollo procesal y de otros órdenes que resulta difícil de solventar⁷⁵¹. La ausencia de prescripciones especiales en la Ley Concursal a este respecto implica la posibilidad de realizarse

⁷⁴⁸ Las modificaciones estructurales pueden servir tanto a la función solutoria como a la función conservativa del concurso. *Vid.* BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G., “Las modificaciones estructurales en sede de convenio concursal: un análisis crítico”, *Revista de Derecho UNED*, nº16, 2015, pág. 1175.

⁷⁴⁹ Nada se ha introducido sobre otras posibilidades como la fusión, escisión, aumento de capital, etc. *Vid. Supra.*, págs. 1183-1184. Sobre las diferentes posibilidades de modificaciones estructurales en el marco de un procedimiento concursal y la aplicación práctica de las mismas: BELTRÁN, E., “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 50, 2010, págs. 165 y ss. Entre dichas posibilidades, la única modificación que la legislación mercantil no entiende compatible con el concurso de acreedores es el traslado de domicilio social al extranjero, para evitar que el deudor pueda afectar sobre el tribunal competente y la ley aplicable (artículo 93.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles).

⁷⁵⁰ LEÓN SANZ, F. J., “La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 30, 2013, págs. 76 y ss.

⁷⁵¹ Son numerosos los ámbitos en que la legislación concursal, ya sea en sede liquidatoria o no, no casa con la disciplina de las modificaciones estructurales: imposibilidad de someter una propuesta de convenio a condición alguna (art. 101 LCon), inadecuación de las funciones del Juez que no puede evitar la obstaculización injustificada a un convenio, el régimen de reintegración concursal y sus posibles efectos sobre una modificación de este tipo, la insuficiencia de información del informe de la administración concursal para adoptar un plan de reorganización... *Ibidem.*

modificaciones estructurales en distintos momentos del concurso, pero que a su vez este recurso se encuentre infrutilizado⁷⁵².

– Es obligado que la finalidad conservativa tenga un lugar preeminente para que pueda darse una solución concursal basada en la reestructuración empresarial. La LCon propugna dicha finalidad pero la hace someterse a la verdadera finalidad esencial que es la satisfacción de los acreedores. Desde este contexto, es muy difícil la aplicación de modificaciones estructurales para solucionar un procedimiento concursal.

– La explotación del valor inmaterial de la empresa y la posible integración de unidades solventes en otras entidades no concuerda con el espíritu de la LCon, que trata de revertir la situación de insolvencia no con una reestructuración de la empresa sino con una reestructuración del pasivo. Esta visión puede ser limitada ya que las quitas y esperas que se prevén en la Ley Concursal son en muchas ocasiones insuficientes. El concepto de reestructuración empresarial implica una revisión más profunda de la entidad productiva, un saneamiento mayor que no solo se basa en criterios de deuda.

– La lógica empresarial indica que el éxito de este tipo de medidas es mucho mayor en empresas de mayor tamaño, donde los instrumentos clásicos (quitas, esperas, etc.) tienen menos probabilidades de revertir una situación económica adversa.

Las modificaciones estructurales suponen una solución al problema de la insolvencia que ha sido calificada como rápida y económica; y que permite la conservación de la actividad económica a partir de cualquiera de los instrumentos formales del concurso (convenio, liquidación). En palabras de BELTRÁN, se cumple a través de este tipo de negocios jurídicos con el objetivo/función de conservar las empresas en crisis (reconocido incluso en la Guía Legislativa de la ONU), *con independencia de que subsista en manos del propio deudor (reorganización de la empresa) o en manos de un tercero (transmisión de la empresa), y con independencia igualmente de que la conservación se alcance a través de un acuerdo entre el deudor y la mayoría de los acreedores (convenio, plan de reorganización) o, incluso, de una*

⁷⁵² En prensa encontramos algunos ejemplos de “denuncia” sobre las dificultades técnicas que puede encontrarse un Juez en la aplicación de una modificación estructural en el seno de un procedimiento concursal. Como muestra, sobre la fusión de Fiesta SA, *vid.* NIETO DELGADO, C., “Convenio con modificación estructural y liquidación: ¡Vaya caramelo!”, *elEconomista.es*, 14/11/2014.

*forma imperativa y hasta paradójica (en la fase de liquidación)*⁷⁵³. En este sentido, la reestructuración empresarial supone una interesante vía para dar cumplimiento a un principio, el de conservación de la actividad económica, a través de las sociedades en dificultades que son uno de los sujetos más importantes de la economía, aplicándose sobre aquéllas que pueden todavía ser rentables total o parcialmente y discriminando a las que deben ser expulsadas del mercado por su ineficiencia económica. Incluso, es un mecanismo que protege la reasignación de los recursos al permitir que las sociedades mal gestionadas pero que aun pueden ser económica y productivamente interesantes, puedan pasar a formar parte de entidades sanas que se gestionen correctamente. Se valora la continuidad de la actividad por encima de quién controle la gestión después del procedimiento concursal, ya que los motivos que justifican este axioma concursal no se refieren al derecho de propiedad u otros de carácter subjetivo, sino al buen funcionamiento del mercado; el principio no responde a una lógica micro, sino a una razón macroeconómica que la reestructuración empresarial respeta absolutamente.

4. Situación del principio concursal de conservación de la actividad económica

Tras todo lo expuesto es necesario recopilar algunas ideas principales y concluir determinando el grado de cumplimiento del principio concursal que se acaba de analizar. De manera preliminar, queremos señalar que no nos vamos a referir al principio de continuidad durante el procedimiento concursal por el hecho de que éste ha sido calificado como un primer paso, un instrumento cuya causa está en la creencia de que una interrupción en la actividad económica puede resultar fatal para cualquier operador. Por tanto, nos vamos a centrar en la conservación tras el concurso, que es la razón fundamental de este principio concursal.

Debemos comenzar reafirmando la satisfacción de los acreedores como fin esencial del concurso. A partir de esa idea, entendemos que la conservación de la actividad económica es un principio concursal más, cuya efectividad podrá darse o no, pero no va a suponer el objetivo primordial del procedimiento concursal. De hecho, cualquier solución a la insolvencia que permita la continuidad de la actividad económica, debe haber atendido en primera instancia a la satisfacción de los acreedores.

⁷⁵³ BELTRÁN, E., “Las modificaciones...” *op. cit.*, pág. 162, nota 4.

Ya señalaba MONEREO PÉREZ en los primeros años de la Ley Concursal que nuestro sistema concursal no se estaba cimentando sobre el llamado modelo gubernativo, que *sitúa en primer plano la conservación de la empresa viable*; llegando como máximo a introducir ciertas medidas de carácter mixto para fomentar el recurso al convenio concursal. Se entiende desde esta óptica que el mantenimiento de la actividad económica/empresarial tras el procedimiento concursal estará supeditado a los intereses de los acreedores, esto es, a la constatación de que la continuación de la actividad tiene un valor por su capacidad de generación de recursos (*valor de empresa*) superior a la suma de los activos del concursado de manera separada. Concluye el mismo autor que se trata de un *principio instrumental para la realización de los fines preferentes de la LC, de manera que cuando la continuidad de la empresa no los satisface adecuadamente será desatendido sin más y se podrá proceder a la liquidación extintiva, total o parcial*⁷⁵⁴.

Se trata también de una nota característica que el Profesor GARRIGUES destacó en su definición de convenio concursal a mediados del siglo XX⁷⁵⁵. Efectivamente el convenio es el primer instrumento con que cuenta el Derecho concursal para superar las dificultades económicas del deudor sin llegar a “destruir” su actividad en el mercado. Se parte con la Ley Concursal de una concepción que divide claramente entre el convenio y la liquidación, siendo únicamente la primera de ellas la solución que permite mantener con vida la actividad económica desarrollada por el concursado. Pero la aplicación de la norma desde sus primeros años, y sobre todo a partir de la crisis económica que dispara el número de procedimientos de insolvencia, no confirman dicho modelo. El ciclo económico ha impedido en buena parte que la Ley se haya podido desarrollar como estaba previsto, revelándose el sistema como inidóneo para la coyuntura en que ha debido aplicarse. La falta de convenios concursales y el recurso masivo a la liquidación, entendida como una solución concursal que impedía la continuidad empresarial o profesional, cuestionaban la existencia de un verdadero principio de conservación de la actividad en el procedimiento concursal español. Por más que la Exposición de Motivos

⁷⁵⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., *La conservación...* op. cit., págs. 38-45.

⁷⁵⁵ GARRIGUES, J., *Curso...* op. cit., pág. 492: *El convenio es un negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor y la colectividad de sus acreedores y sancionado por la autoridad judicial, y que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores por procedimiento diverso de la liquidación en el juicio de quiebra.*

de la LCon lo propugnara, no existían motivos para creer en su aplicación. Así las cosas, y con una importante pérdida de confianza en la institución concursal, el legislador busca otras soluciones paralelas al procedimiento ordinario, tratando de establecer vías que permitan al deudor insolvente escapar a aquél. Es así como aparece la regulación de los institutos preconcursales, cuyo resultado debe ser –del mismo modo que en el convenio concursal– una solución conservativa y pactada al problema de la insolvencia.

De esa situación hablaba BELTRÁN⁷⁵⁶, aunque refiriéndose al contexto que se vivía con anterioridad a la entrada en vigor de la LCon, donde los acuerdos extrajudiciales se habían expandido de tal modo que el Derecho concursal ordinario quedaba absolutamente infrutilizado. La nueva normativa –añade– no consiguió aumentar el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios, tanto por el alto coste del procedimiento, como por la insuficiencia de bienes del deudor común. Es por ello que aparecieron los institutos preconcursales, para tratar de paliar el fracaso de la LCon; de igual manera que los acuerdos extrajudiciales en la anterior legislación, en una operación jurídica que nos parece cuestionable por cuanto se da por perdido un procedimiento ordinario fruto de un gran esfuerzo legislativo.

Volviendo a las tesis de MONEREO PÉREZ⁷⁵⁷, la conservación de empresa está íntimamente ligada al concepto de prevención. La acción preventiva debe suponer uno de los pilares en el Derecho de la insolvencia, mientras que en la redacción de la Ley Concursal de 2003 está absolutamente descuidada. Recoge el autor la falta de previsión en dos ámbitos de capital importancia para la conservación rentable de los operadores del mercado en dificultades económicas: el presupuesto objetivo y el Derecho preconcursal. El primero, es una elección de política legislativa que consistió en exigir la situación de insolvencia para aplicar la LCon, obviando la posibilidad de crear un Derecho de la empresa en crisis; de modo que se otorgó un gran protagonismo –casi único– a la función solutoria del concurso. Una vez se constata que el procedimiento ordinario no va a tener otro destinatario que la empresa ya insolvente (y eso explica en gran medida el fracaso del convenio concursal, que llega muy tarde), toda actividad

⁷⁵⁶ BELTRÁN, E., “La regularidad...” *op. cit.*, pág. 31.

⁷⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., *La conservación...* *op. cit.*, págs. 61-70.

preventiva de la insolvencia queda a expensas de un futurible Derecho preconcursal.

Efectivamente, a partir del año 2009 se inició esta tendencia en nuestro sistema concursal, primero con los acuerdos de refinanciación y más tarde con la mediación concursal. Atendiendo a la doctrina citada, podemos comprender y valorar positivamente la intención del legislador por dar efectividad a un principio, el de conservación de la actividad económica, que si bien estaba previsto en la LCon, no gozaba de aplicación dada la falta de institutos preventivos. No obstante, y como muestra la estadística, la introducción de los institutos preconcursales, a pesar de encontrarse en un momento de expansión, no ha conseguido compensar el porcentaje de procedimientos que acaban con la liquidación del patrimonio concursado y la repartición del mismo entre sus acreedores. En la causa de esta circunstancia creemos que se encuentra la réplica de algunos vicios que la más autorizada doctrina reconoce a nuestra Ley Concursal vigente desde sus inicios, y que venimos denunciando en este estudio, como es la falta de acciones dirigidas a prevenir la insolvencia. Los institutos preconcursales han estado dirigidos principalmente a los sujetos que ya se encontraban en situación de insolvencia, revelándose como un instrumento para escapar del procedimiento concursal, cuando dicha maniobra carecía de sentido por lo grave de la situación económica. La técnica jurídica con que se han introducido los institutos preconcursales es ciertamente criticable en este sentido, sobre todo en lo que se refiere al acuerdo extrajudicial de pagos, que requiere *ex* artículo 231 LCon la situación de insolvencia en los mismos términos –de hecho hay reenvío– al artículo 2 LCon. No compartimos que un instrumento que debiera servir por su valor preventivo deba esperar en su aplicación a un momento tardío como el de la insolvencia. Por otro lado, el acuerdo de refinanciación sí que permite a quienes se acogen al mismo adelantarse a la situación de insolvencia, aunque su uso suele ser tardío y ello ha traído aparejados los mismos problemas. Parece claro que este tipo de instrumentos no han sido establecidos con condiciones suficientemente atractivas como para mejorar la efectividad del principio de conservación de la actividad económica.

En este punto y a pesar de los esfuerzos legislativos, que reconocemos, no podemos sino constatar que el déficit de prevención de nuestro Derecho concursal, que era detectado por MONEREO PÉREZ antes incluso de comenzar la crisis económica, no ha sido resuelto a través del desarrollo de la cuestión extraconcursal. Es más,

debemos seguir haciéndonos eco de la doctrina citada para retomar un concepto de indudable pertinencia: la atrofia normativa⁷⁵⁸. Hablamos de una pérdida de eficacia económico-social de la norma, es decir, la incapacidad de dar una respuesta al problema que trata de resolver. Es una idea que ya hemos expresado en algunas ocasiones a lo largo de esta investigación refiriéndonos a la Ley Concursal de 2003. En nuestra opinión la norma enjuiciada corre en relación a diversos elementos –la continuidad de la actividad profesional o empresarial es uno de ellos–, el riesgo de ser calificada como inidónea o inadecuada para conseguir sus objetivos. Si observamos el recorrido que venimos haciendo, en lo que respecta a este axioma concursal la LCon ha pasado por dos estadios diferentes: un primer estadio referido a la protección ordinaria en el procedimiento concursal clásico, que consistía en determinadas medidas incentivadoras del convenio concursal; y un segundo estadio ante el fracaso del primero, consistente en evitar el procedimiento estrictamente concursal, intentando cerrar un acuerdo previo a la apertura del mismo. En cualquier caso, se ha apelado al pacto entre deudor y acreedores como medio básico para el cumplimiento del principio de conservación, y en ambos intentos se ha fracasado como hemos visto.

De aquí en adelante, habiéndose reformado en innumerables ocasiones la disciplina de los institutos preconcursales, entendemos que se iniciará un tercer estadio de protección del principio de conservación de la actividad económica que nuestro sistema concursal aun no ha podido garantizar. El tercer estadio estará caracterizado por un nuevo paradigma en que liquidación y conservación no serán elementos contradictorios. De hecho, ya se han dado los primeros pasos en este sentido: el Real Decreto-Ley 11/2014 creó un régimen para la venta de unidades productivas en sede concursal (en cualquier momento del proceso), mejorando las condiciones para que la solución al concurso pueda ser liquidatoria y continuativa al mismo tiempo. Aun queda mucho por hacer en ese sentido, pues la reestructuración empresarial como solución al concurso no se circunscribe a la venta de unidades productivas⁷⁵⁹. Son muchas las

⁷⁵⁸ Citando a IHERING y aplicando el concepto al sistema concursal, MONEREO PÉREZ, J. L., *La conservación... op. cit.*, pág. 52.

⁷⁵⁹ Aunque también en este sentido comienzan a aparecer estudios de corte más sectorial y que auspician un desarrollo sensible en la investigación de este elemento. *Vid.*, FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., “La venta de unidades productivas en el procedimiento concursal abreviado”, *Estudios jurídicos en memoria del*

opciones que pueden mejorar la efectividad del principio de conservación en el ámbito societario: fusiones, escisiones, etc. Si bien este tercer estadio no se podrá aplicar a cualquier tipo de deudor, su éxito podría suponer importantes avances en relación a uno de los principales operadores del mercado, las empresas y en concreto las sociedades mercantiles.

Tal y como hemos expresado a lo largo de este capítulo, siendo consecuentes con las estadísticas, la aplicación de este axioma –que hasta el momento ha sido muy restringida– pasa por integrarlo en el cauce procedimental que se usa masivamente (la liquidación). Hasta el momento, la venta de unidades productivas en bloque suponen el ejemplo más claro de ello y prevemos que en el futuro las reformas en Derecho concursal irán por este camino, estableciendo regímenes especiales en materia de modificaciones estructurales dentro del procedimiento de concurso. Entendemos que el éxito de la conservación de empresa y por ende de actividad económica, está relacionado con este tercer estadio que todavía no se encuentra desarrollado suficientemente. Ello, sumado a la mejora paulatina de la *ratio* de uso de los institutos preconcursales podrá en el futuro mejorar el grado de cumplimiento del principio analizado, llevándolo hasta niveles aceptables, objetivo que de momento no se ha conseguido.

X. PRINCIPIO DE MODULACIÓN DE LA REALIDAD JURÍDICO-OBLIGACIONAL

1. Concurso y Derecho de obligaciones

Recogiendo una idea repetidamente expresada durante esta investigación, trataremos de aislar la relación entre el concurso y el Derecho de obligaciones, con el objetivo de determinar la naturaleza de la correlación y las tensiones existentes entre ambos elementos. Algunas de estas consideraciones bien podrían haberse hecho inicialmente, sin embargo hemos preferido reservarlas para no romper el hilo temporal llevado hasta el momento; ello porque se trata de un axioma que se manifiesta en diferentes momentos del proceso de insolvencia –y de manera muy particular en el régimen de los contratos dibujado por la LCon–.

Principalmente, nos queremos referir a que el Derecho concursal está íntimamente relacionado con el Derecho de obligaciones, tratándose de una institución cuya influencia o principales efectos se van a desplegar en el ámbito obligacional. Como elemento principal de este sector del Derecho se encuentra la obligación, concepto que no se puede comprender en un único sentido, esto es, como simple deuda. Son dos los elementos que la integran, a saber: la deuda, que es la obligación en sí, el deber de realizar una prestación; y la responsabilidad, que vendrá dada por la sujeción al poder coactivo del acreedor. Se trata de una distinción terminológica nada novedosa, que ha tenido predicamento en muchos ordenamientos jurídicos desde el Derecho romano. En lo que a nosotros nos compete, los artículos 1088⁷⁶⁰ y 1911⁷⁶¹ de nuestro Código Civil delimitan ambos conceptos. Así, diremos que cuando una prestación debida en virtud de una obligación no se cumple, la parte acreedora tendrá la posibilidad de agredir el patrimonio del deudor y obtener así la satisfacción del crédito⁷⁶².

⁷⁶⁰ Caracteriza la naturaleza de las obligaciones como de dar, hacer o no hacer. Es la tipología básica de la prestación, aquello en que puede consistir la deuda.

⁷⁶¹ En el que se señala la responsabilidad patrimonial universal del deudor.

⁷⁶² Para entender el juego combinado de los artículos 1088 y 1911 del Código Civil, así como la determinación de dos elementos en el concepto de obligación, *vid.*, OSSORIO MORALES, J. y OSSORIO SERRANO, J. M., “La obligación y el Derecho de obligaciones”, *Curso de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos* (coordinado por SÁNCHEZ

En este contexto, y no perdiendo de vista que nuestro objetivo es caracterizar el marco jurídico aplicable a la situación de insolvencia, el incumplimiento crediticio no supondrá *per se* la misma. El incumplimiento de naturaleza puntual se referirá tan solo a una relación concreta acreedor–deudor. Sin embargo, para que entre en juego el término insolvencia con plenos efectos, no podemos observar la situación del sujeto bajo la óptica de su relación con un único acreedor. Al contrario, se trata de una situación del deudor con su patrimonio (no una relación acreedor–deudor). Estamos ante un fenómeno económico con relevancia en la esfera jurídica, en la que el deudor no puede satisfacer sus deudas, soliendo utilizarse como referencia la incapacidad de un patrimonio para satisfacer las deudas vencidas. De esta manera, podemos distinguir el incumplimiento de la insolvencia –ya lo hemos hecho en sede de presupuesto objetivo– ya que el primero puede depender incluso de la voluntad del deudor, mientras que el segundo es una situación generalizada, quizá objetivable. No se trata pues de un concepto tan jurídico como económico, eso sí, no deja de tener importantes efectos en el ámbito jurídico⁷⁶³.

Una vez se constata un incumplimiento, el acreedor no se encuentra desprotegido, éste tiene posibilidad de recibir auxilio de los órganos jurisdiccionales, que pueden imponer al deudor el cumplimiento forzoso de la obligación cuando no se ha llevado a cabo la correspondiente prestación, así como asignar una satisfacción a través de la ejecución u otras opciones indemnizatorias. El objetivo de este procedimiento es que el acreedor quede en una posición similar a la que hubiera tenido si el deudor hubiese cumplido la prestación que le correspondía. A través de estas mínimas apreciaciones, concienzudamente se quiere introducir una concepción del concurso como institución jurídica cuyas secuelas van a verse en relación, sobre todo aunque no únicamente, con el Derecho de obligaciones. Como se ha dicho, éste gira en torno a la obligación, que es la figura principal de este campo, otorgándole una protección el ordenamiento jurídico cuyo fundamento no es otro que el viejo principio

CALERO, F. J.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 38-45. Hacen los autores referencia a las teorías de SAVIGNY, considerando la obligación moderna, una vez superada la concepción pre *Lex Poetelia Papiria* como la representación de una *dominación parcial del acreedor sobre la voluntad del deudor*. Nótese que ya no se habla de la persona del deudor sino sobre su voluntad.

⁷⁶³ VIGUERA RUBIO, J.M., “El Derecho...” *op. cit.*, págs. 821-822.

suum cuique tribuere (dar a cada uno lo suyo), formulado por ULPIANO, como una máxima conectada a la idea de Justicia.

Pues bien, en términos generales, esta ejecución que apela a la responsabilidad del deudor, puede darse en dos sentidos: o bien de forma individual, referida a la consecución del cumplimiento de una obligación singular; o bien de forma universal, cuando un conjunto de deudas pesan sobre un patrimonio que resulta insuficiente para poner al día las cuentas del deudor respecto de sus acreedores. Esta última, es una forma de ejecución que supone un desafío a la Justicia pues manteniendo el primer mecanismo, de ejecuciones singulares o aisladas, algunos acreedores podrían quedar privados del cobro de sus respectivos créditos, mientras que otros los satisfacerían al completo con motivo de sus relaciones personales con el insolvente o la presteza de sus acciones, criterios que el ordenamiento no ve con buenos ojos, y es por ello que establece un sistema concursal. Es cierto que los caracteres de éste han variado a lo largo del tiempo, incluso la denominación de la propia institución (quiebra, suspensión de pagos, etc.), pero siempre se ha tratado de responder a esta exigencia de Justicia, con mayor o menor acierto o destreza en cuanto a la técnica jurídica. La Ley Concursal responde a la necesidad de ordenar los créditos del insolvente, de manera que se llegue a una solución basada en la equidad, procurando que no pueda imponerse el cobro salvaje y desconsiderado por parte de los acreedores. La finalidad económico-social del Derecho Mercantil entra aquí en juego, siendo la solución del concurso (cualquiera de ellas), considerada la menos gravosa para la esfera económica, incluso aunque en ocasiones se trate de reflotar aquello que ya casi no existe, simplemente porque es conveniente hacerlo.

Se entiende así que el sistema concursal atenderá principalmente a la necesidad de iniciar la ejecución universal respecto de los bienes del deudor, cuando se ha dado el temido colapso patrimonial como consecuencia de un volumen de obligaciones inasumible para el deudor, quedando éste en ocasiones –en función de su endeudamiento– *expulsado del mercado en el que no ha sabido competir, reasignándose así los factores de producción*⁷⁶⁴.

⁷⁶⁴ ALCOVER GARAU, G., “La ley 22/2003...” *op. cit.*, pág. 44.

Esta relación entre el Derecho de obligaciones y el Derecho concursal, que no es un mero procedimiento especial sino un elemento perturbador para aquél⁷⁶⁵, se ha visto intensificada con las reformas que se han llevado a cabo del texto original de la Ley Concursal de 2003. El desorden que el concurso como institución moduladora del Derecho de obligaciones introduce en éste es claro: modifica algunas de sus reglas y deja en suspenso otras. El sistema diseñado para hacer responder al deudor ordinario sufre importantes alteraciones cuando éste pasa a ser un deudor insolvente en cualquier caso. No obstante, la caracterización de nuestra LCon tras las modificaciones –ya estudiadas de manera sistemática– que ha experimentado en los últimos años, ha hecho más clara dicha relación. Para explicar cómo han influido estas modificaciones en el tema que nos ocupa, debemos traer aquí un principio del Derecho de obligaciones como es la relatividad de los contratos. Este principio queda enunciado con carácter general en el artículo 1257 CC, señalándose que los efectos de los contratos se extienden solamente a quienes los suscriben y a sus herederos⁷⁶⁶. Pero no se trata de una regla exclusiva del Derecho español; por lo general, los ordenamientos acogen este principio para dotar de coherencia el sistema de contratación privada, sin que se puedan extender esos efectos a terceros fuera de las causas tasadas legalmente. Baste citar en este sentido a los Códigos Civiles peruano⁷⁶⁷, uruguayo⁷⁶⁸ y venezolano⁷⁶⁹.

⁷⁶⁵ Se ha dicho que *el Derecho concursal, por un lado, está estrechamente conectado con las otras grandes ramas del Derecho (de las cuales es, generalmente, “tributario”); pero, por otro, está en grado de “tolerar” –por su especialidad– desviaciones relevantes a las normas de Derecho común, adaptándoles funcionalmente a los fines del procedimiento.* NIGRO, A., “Los problemas fundamentales...” *op. cit.*, pág. 348.

⁷⁶⁶ Artículo 1257 CC: “Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.

Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada”.

⁷⁶⁷ Real Decreto Legislativo nº 295, artículo 1363: “Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles”.

⁷⁶⁸ Que divide el contenido del principio en dos preceptos: el artículo 1292 (“Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y demás sucesores de las partes, a menos que lo contrario resulte de una disposición especial de la ley, de una cláusula de la convención o de la naturaleza misma del contrato”) y el artículo 1293 (“Los contratos no pueden oponerse a terceros ni invocarse por ellos, sino en los casos de los artículos 1254 y 1256”).

Pero, ¿qué relación existe entre la relatividad de los contratos y las últimas reformas en materia concursal? Este principio ha sido ciertamente matizado en diferentes ocasiones, entre las que podríamos incluir el procedimiento concursal. Según CASTRESANA, *tradicionalmente, el principio de relatividad de los contratos quedaba atemperado en un escenario de concurso, donde una solución pactada por una mayoría de acreedores puede ser impuesta a la minoría. Por el contrario, fuera del ámbito concursal el principio de relatividad de los contratos antes enunciado es el que impera o, al menos, imperaba*⁷⁷⁰. Mantiene este criterio AZOFRA VEGAS⁷⁷¹, expresando que ya no solo en sede concursal, sino también en el precurso se va a limitar un principio básico para el Derecho de obligaciones y contratos como es la relatividad de éstos. Por ello decimos que las reformas de la LCon han tenido una influencia en la relación concurso-Derecho de obligaciones, acrecentándola. Como hemos podido ver, las sucesivas modificaciones han ido instaurando y ampliando el ámbito material de los institutos preconcursales; dando cada vez más posibilidades dentro de estos mecanismos extraconcursales para extender los efectos de dichos acuerdos a las minorías en desacuerdo⁷⁷². Gracias a ello, el principio de relatividad de los contratos, que ya era matizado en el procedimiento concursal, ha visto fuertemente reducida su vigencia tanto en el concurso como en el precurso con ocasión de las reformas de la LCon. Ellas han permitido someter al acreedor disidente más fácilmente, tratando de dotar de viabilidad al deudor concursado o en situación de insolvencia inminente, dándole más posibilidades de evitar la liquidación de su patrimonio. Las consecuencias sobre el Derecho de obligaciones son claras, lo que viene a refutar la teoría de que el Derecho concursal es un agente deformador de aquél.

Vistos estos ejemplos, entendemos evidente la relación entre la institución del concurso y el Derecho de obligaciones. De momento, tan solo se han mostrado los primeros aspectos de este análisis pero ya podemos atisbar en este punto de la

⁷⁶⁹ Publicado en Gaceta n° 2990 extraordinaria del 26 de julio de 1982, artículo 1159: “Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley”.

⁷⁷⁰ CASTRESANA, J., “La progresiva pérdida del principio de relatividad de los contratos”, *Diario La Ley*, n° 8296, 23 de abril de 2014, pág. 12.

⁷⁷¹ AZOFRA VEGAS, F., “La invulnerabilidad...” *op. cit.*, pág. 133.

⁷⁷² Por ejemplo reduciendo el porcentaje necesario para someter a la minoría disidente.

investigación tres cuestiones que ratifican nuestra hipótesis al respecto: la aplicación del procedimiento concursal viene determinada por su falta de capacidad del deudor para cumplir con sus obligaciones; los efectos de dicha declaración se manifiestan en distintos ámbitos relativos a la esfera obligacional de aquél; y, en la exégesis de las reglas concursales, su relación con el derecho de obligaciones seguramente sea la herramienta interpretativa más importante. Por tanto, la relación que aquí subrayamos se encuentra en la causa, en los efectos y en la interpretación de la aplicación del Derecho concursal. Así las cosas, la deformación del Derecho de obligaciones es elevada a la categoría de axioma concursal, por la importancia que tiene en casi todas las fases del concurso. Queda pues determinar cuáles son esos ámbitos en que las reglas conocidas por el Derecho civil o mercantil ceden ante la aplicación de un sistema nuevo y preferente, el concursal.

2. Principales ámbitos de influencia

Una vez se ha introducido la cuestión y se ha evidenciado la existencia de una influencia entre el concurso de acreedores y las reglas propias del Derecho de obligaciones, corresponde ahora identificar los sectores de la institución en que esta relación se da con mayor fuerza, a saber:

– Se establecen obligaciones nuevas a cargo del deudor concursado, entre las que podemos citar los deberes de colaboración e información a cargo de aquél (artículo 42 LCon); o incluso a cargo del insolvente no declarado en concurso, con la obligación de solicitar la declaración judicial dentro de los dos meses siguientes al momento en que sea conocido –o debiera haber sido conocido– dicho estado patrimonial (artículo 5 LCon)⁷⁷³.

– También se imponen nuevas obligaciones a los acreedores concursales, como la comunicación de créditos en los términos del artículo 85 LCon o la entrega de la cosa a la administración concursal ante la suspensión del derecho de retención⁷⁷⁴.

⁷⁷³ De esta obligación nos hemos ocupado en el capítulo dedicado al principio de rogación.

⁷⁷⁴ Este derecho aparece en nuestro Código Civil asociado al usufructo (artículo 522) o al contrato de prenda (artículo 1866), así como suspendido por el artículo 59 bis LCon.

– Se prohíbe expresamente la compensación de créditos reconocida en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil⁷⁷⁵.

– Del mismo modo se suspende el devengo de intereses, manteniendo las obligaciones esenciales a cargo del deudor, pero no permitiendo que se creen otras de carácter accesorio; lo que va absolutamente en contra del tenor literal del artículo 1108 del Código Civil⁷⁷⁶.

– Siendo dos los elementos de la obligación, mientras que la deuda permanece inalterada, la responsabilidad a la que está sujeto el deudor se ve modificada. La sujeción al poder coactivo del acreedor, que es como hemos definido el elemento “responsabilidad” de la obligación y que está consagrado en el artículo 1911 CC se ve modulado por efecto de la declaración de concurso. En condiciones normales, sin mediar insolvencia, o mejor dicho declaración de concurso⁷⁷⁷, el acreedor puede agredir el patrimonio del deudor para cobrar su deuda. Sin embargo, durante el procedimiento concursal aunque siga existiendo la deuda, el mecanismo de responsabilidad no funciona como prevé el Derecho común. Se sustituye por una suerte de ejecución universal⁷⁷⁸ que tiene sus propias reglas y desde luego no convergen con la legítima agresión al patrimonio del deudor no concursado (opera la regla de intangibilidad de la masa activa). Todo lo contrario, se da una ejecución fuertemente regulada por el poder público, que decide sobre todos los extremos relevantes en esta cuestión. La obligación es probablemente el concepto más importante sobre el que se construye el Derecho privado; como tal, la deformación del régimen de responsabilidad del deudor supone una fortísima influencia del ordenamiento a través de la institución del concurso sobre

⁷⁷⁵ Aunque en este estudio entendemos que aun no existiendo la previsión del artículo 58 LCon, no cabría nunca dicho medio para la cancelación de deudas al no cumplirse los requisitos legales establecidos a tal efecto en el CC.

⁷⁷⁶ Artículo 1108 CC: “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”.

⁷⁷⁷ Puesto que se trata de una declaración de carácter constitutivo; los efectos del concurso –salvo escasísimas excepciones como la obligación de solicitar concurso en los dos meses siguientes al conocimiento del estado de insolvencia– no tienen lugar mientras no haya declaración formal, pese a que la situación de insolvencia sea clara. La LCon mantiene un formalismo riguroso en este punto.

⁷⁷⁸ Ya se ha comentado la prohibición para iniciar ejecuciones singulares en el marco de un proceso concursal abierto (artículo 55 LCon).

no solo el concepto jurídico de obligación, sino también sobre el Derecho privado en tanto que entra a regular cuestiones que siempre han sido pertenecientes al ámbito de lo particular⁷⁷⁹.

– La LCon organiza, como hemos visto –apoyándose en el principio de integración de la masa pasiva– una comunidad de pérdidas. Apelando al sacrificio común, los acreedores tienen si quieren cobrar sus créditos (esto es, el cumplimiento de las obligaciones contraídas con ellos mismos), que admitir la inclusión en un grupo donde está implícita la idea de pérdida, puesto que en caso de liquidación del patrimonio, es también la normativa la que decide cómo, en qué proporción y cuál será el orden de satisfacción de los créditos; lo que significa de *facto*, la decisión sobre quién no cobrará. La idea de pérdida como uno de los pilares sobre los que se basa la concurrencia concursal es radicalmente diferente al espíritu del Derecho de obligaciones clásico, donde se parte de una apariencia o presunción de certidumbre en el cobro de los créditos⁷⁸⁰.

– En relación a los posibles pactos entre deudor y parte de los acreedores para solucionar el problema de la insolvencia sin llegar a liquidación, hemos dado cuenta también de cómo el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC) queda en entredicho en el concurso cuando se permite la extensión de los efectos de dichos pactos a aquellos acreedores en desacuerdo –siempre y cuando se hayan conseguido determinadas mayorías–. La minoría disidente puede verse por tanto obligada por pactos que no ha elaborado ni apoyado⁷⁸¹. Aun dentro de la cuestión de las soluciones pactadas al problema de la insolvencia el Derecho concursal se revela como un agente deformador del Derecho de obligaciones matizando la autonomía de la voluntad de las partes, a través del papel del Juez en la aprobación de convenios u homologación de

⁷⁷⁹ Detecta VICENT CHULIÁ que el Derecho concursal, tras una etapa en que tenía un carácter más social o público, está volviendo a su concepción original como parte del Derecho privado, para la solución de problemas *inter privatos* (aunque sin perder de vista determinados intereses públicos). VICENT CHULIÁ, F., *Introducción... op. cit.*, págs. 2057.

⁷⁸⁰ En condiciones normales, no de insolvencia, no partir de esta idea impondría una pesada carga imposible de levantar para el Derecho en materia de cumplimiento obligacional, sin embargo, es uno de los pilares del sistema concursal.

⁷⁸¹ Resulta una importantísima injerencia en el Derecho de obligaciones al corregirse o mejor dicho suspenderse la aplicación del artículo 1257 CC.

acuerdos de refinanciación. En definitiva, se fiscaliza cualquier posibilidad del deudor en situación de concurso o precurso, otorgando competencias a la autoridad que encarna el poder público para inmiscuirse en las relaciones entre particulares.

– En el seno del concurso aparecen incluso acciones propias, que aun siendo compatibles con otras conocidas con la acción pauliana tutelan con requisitos diferentes las pretensiones de retroacción. Nos referimos a las acciones de reintegración, que tienen un régimen propio y desconocido por el Derecho civil, para hacer volver a la masa determinados bienes y derechos que entiende el legislador concursal no debieron salir al suponer un perjuicio para la masa activa. De este modo, el régimen de obligaciones afianza sus diferencias en el contexto de concurso de acreedores, al crear sus propios instrumentos de tutela, diferentes a los clásicos del Derecho común.

– Probablemente, el influjo más claro sobre el Derecho de obligaciones se encuentre en el Capítulo III del Título III de la Ley, dedicado a los efectos sobre los contratos. El régimen de los contratos del concursado una vez ha sido dictado el auto de apertura del procedimiento es el paradigma de esta modulación de las reglas sobre obligaciones y contratos que defendemos en este estudio. Por ello, y dada su importancia práctica van a ser tratados en el epígrafe siguiente como el caso más claro de deformación de la normativa común *ex* Ley Concursal.

Sin perjuicio de ocuparnos en lo que sigue de los efectos sobre los contratos de la declaración de concurso y sus consecuencias para las normas del Código civil y resto de legislación dedicada a relaciones contractuales entre particulares, se ha podido comprobar que el concurso de acreedores actúa por sistema contra el estatuto establecido para el deudor no concursado en materia de obligaciones. Esa tendencia, siendo repetida a lo largo de todo el procedimiento y en relación a diferentes sujetos (deudor o acreedores), es lo que nos lleva a constatar que a la institución concursal le es propio un axioma que actúa con gran rigor, un verdadero principio de modulación de la realidad jurídico-obligacional. La importancia de este principio queda fuera de toda duda desde el momento en que no actúa, como la mayoría de los axiomas que se han analizado, en un sector concreto del concurso, sino que cuenta con manifestaciones en casi todas las fases del proceso. La transversalidad del mismo lo dotan de una vigencia

absoluta y de una capacidad descriptiva sobre la institución concursal que difícilmente podría igualar alguna de las demás piezas del sistema axiológico del concurso.

3. Especial referencia a los contratos en el concurso⁷⁸²

3.1. Contratos regulados

El régimen jurídico de los contratos en el procedimiento concursal fue una de las mayores innovaciones de la Ley de 2003. La cuestión tenía y tiene un indudable interés dada la importancia del contrato como negocio jurídico básico sobre el que se construye cualquier actividad económica. Se ha dicho que un patrimonio, y en especial una empresa, es esencialmente *un haz de contratos, que son bienes inmateriales, a veces de enorme valor*⁷⁸³. Desde esta óptica que valora el contrato hasta el punto de hacer posible la definición de empresa a través de la agregación de los mismos, entendemos que el estudio de este sector de la legislación concursal es básica para el

⁷⁸² Sobre este particular debemos señalar que nuestra investigación no se refiere propiamente a los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, no podría. Es previsible que en un estudio de naturaleza generalista como el que nos ocupa, numerosas cuestiones no puedan ser tratadas con la profundidad que merecen. De hecho, en relación a los contratos durante el procedimiento concursal, nos interesa destacar su régimen jurídico únicamente desde el punto de vista de sus implicaciones para el Derecho de obligaciones por cuanto lo entendemos como parte fundamental del principio de modulación de la realidad jurídico-obligacional. Por ello, la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre diversas cuestiones en relación a los artículos 61 y siguientes de la Ley Concursal no va a replicarse aquí, limitándonos a citar las reglas establecidas en la normativa concursal y los temas más propios de la investigación. No obstante, este tema ha suscitado un gran interés para la doctrina, donde pueden encontrarse interesantes estudios más o menos extensos, e incluso monografías de referencia: FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, Barcelona, Bosch, 2013; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., *Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010; BLASCO GASCÓ, F. P., *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009; SALINAS, C., “Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 24, 2011, págs. 99-135; FUENTES DEVESA, R., “Artículo 61”, “Artículo 62” y “Artículo 63”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014, págs. 231-243; SÁNCHEZ PAREDES, M. L., “Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 433-466; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J. C., “Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor”, *Derecho Mercantil. Derecho concursal* (coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. y DÍAZ MORENO, A.), Volumen 10º, Madrid, Marcial Pons, 2014, págs. 281-305.

⁷⁸³ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción... op. cit.*, pág. 2109.

entendimiento del axioma concursal que nos ocupa. El Derecho de obligaciones cristaliza, sobre todo en el desarrollo de las relaciones comerciales, en la suscripción de contratos de todo tipo. Por tanto, es claro que en el efecto de la declaración de concurso sobre los mismos, tenemos un interesante campo de estudio sobre la relación Derecho de obligaciones – Derecho concursal.

La Ley Concursal no tiene un catálogo general de efectos que pueda aplicarse a cualquier tipo de contrato, sino que, en los artículos 61 y siguientes, se caracterizan las consecuencias de la declaración de concurso a través de reglas que afectan: en unos casos a ciertas categorías de contratos más generales, y en otros a relaciones más específicas. No obstante, los primeros preceptos están dedicados a los contratos con obligaciones recíprocas y esto ha determinado, dada la genérica formulación, que dichas normas se tomen como el régimen general de efectos de la declaración de concurso sobre los contratos.

El motivo que lleva a deformar el Derecho de contratos en la situación de concurso es doble, por un lado sabemos que es necesario modular el régimen de tales negocios jurídicos ya que deben adaptarse al resto de efectos que tiene la declaración de concurso (sobre el deudor, acreedores, etc.); y por otro, admitimos también que *el Derecho de contratos común no consigue conciliar apropiadamente los intereses presentes en el concurso, sobre todo los del contratante in bonis*⁷⁸⁴, que debe conocer en todo momento su posición, las facultades que ostenta y cómo ejercitarlas.

Siendo una parte de la normativa concursal que apela a otros sectores de nuestro ordenamiento, la interpretación se abre a diversas posibilidades, cuestión que se ve apoyada por las lagunas que la Ley dejó en un tema tan importante como los efectos de la declaración sobre los contratos⁷⁸⁵, y que es de las pocas materias concursales que no ha sufrido apenas reformas desde 2003. Estas discordancias se inician ya desde el

⁷⁸⁴ GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004, pág. 672.

⁷⁸⁵ Los principios generales de la normativa concursal en este punto *no se han visto como tales plasmados en una disciplina jurídico-positiva sistemática, completa y cohesionada*. Con éstas y otras cuestiones que la Ley no ha tratado (otros tipos de contratos, caso de cierre de oficinas o cese de actividad, etc.), RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J. C., “Efectos...” *op. cit.*, pág. 283.

análisis de la sistemática de la norma puesto que, si bien suelen distinguirse tres tipos de contratos sobre los que el concurso afecta, no siempre coincide la doctrina sobre cuáles son éstas categorías. Algunos autores⁷⁸⁶ optan por diferenciar entre: contratos en el ámbito civil y mercantil⁷⁸⁷, contratos de trabajo y contratos de carácter administrativo; mientras que otros⁷⁸⁸ prefieren hablar de efectos con alcance general, efectos particulares sobre determinados contratos –de trabajo, personal de alta dirección, con administraciones públicas– y disposiciones que prevén la rehabilitación de ciertos contratos –de crédito, adquisición de bienes con precio aplazado, etc.–.

De un modo u otro, el contenido de la Ley no varía, de manera que nuestro estudio no se detendrá en esta cuestión sistemática. Centraremos el esfuerzo en obtener aquellas reglas que puedan entrar en confrontación con el Derecho de obligaciones, para lo cual presentamos someramente el régimen de los contratos en el concurso en los próximos epígrafes.

3.2. Contratos con obligaciones recíprocas

Siguiendo los argumentos expuestos, debemos ocuparnos de los preceptos que van a modificar en sede contractual, la reglas civiles sobre la materia⁷⁸⁹. En este sentido, y aunque la Ley haga mención a contratos de naturaleza laboral o incluso a la contratación pública, se trata de realidades que en nuestro estudio de Derecho privado no tienen cabida más allá de una mera reseña de tales normas. Por tanto, justificamos nuestra atención sobre los conceptos que pueden aportar más al estudio de este principio concursal.

⁷⁸⁶ ARROYO MARTÍNEZ, I., y MORRAL SOLDEVILA, R., *Teoría y práctica... op. cit.*, pág. 115.

⁷⁸⁷ Sobreentendemos que la LCon se refiere a ellos cuando habla de “contratos con obligaciones recíprocas”.

⁷⁸⁸ ROJO A. y BELTRÁN, E., “Los efectos del concurso de acreedores”, *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirigido por MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen II, Pamplona, Aranzadi, 2014, pág. 542.

⁷⁸⁹ En relación a estas modificaciones, fueron ya detectadas desde la tramitación de la Ley Concursal. Tanto es así, que decía el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Concursal, pág. 40: *El Capítulo 3º, “De los efectos sobre los contratos”, se inspira en el principio de que la declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas suscritos por el deudor. Esto no obstante, en “interés del concurso” se consagran ciertas facultades exorbitantes, que resultan extrañas al concepto clásico de sinalagma.*

a) Ámbito de aplicación: sinalagma funcional *versus* sinalagma genético

Lo primero que debemos hacer necesariamente es responder a la pregunta: ¿a qué figuras se refiere la Ley cuando habla de “contratos con obligaciones recíprocas”? Nos situamos en el artículo 61.2 LCon, que en ocasiones ha interpretado la anterior expresión como una norma general aplicable a *todo el abanico de relaciones negociales que estuvieran en vigor al instante de la declaración de concurso, incluyendo los contratos unilaterales, los no sinalagmáticos o las relaciones negociales plurilaterales o de organización*⁷⁹⁰. No obstante, nos situamos con la tesis mayoritaria, que tiende a restringir la interpretación del precepto, valorando la literalidad de la norma al entenderse que no existen motivos para extender su ámbito de aplicación de un modo indiscriminado.

La reciprocidad en materia obligacional debe interpretarse a la luz del concepto de sinalagma, que debe guiar esta cuestión. Se identifica éste con la interdependencia de las prestaciones, esto es, existe sinalagma y por ende reciprocidad entre las partes cuando no solo ambas sean titulares de obligaciones en el marco de una relación contractual –contrato bilateral–, sino cuando éstas se encuentren unidas por un nexo causal de modo que el cumplimiento de una parte se asocie al de la otra.

La obligación recíproca ha sido desarrollada en esos términos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que haciendo notar la falta de previsión del Código Civil en este sentido –que no las define–⁷⁹¹, concluye las cuatro condiciones necesarias para hablar de reciprocidad como cualidad de dos obligaciones, a saber: causa en un mismo negocio; nacimiento de deberes de prestación a cargo de ambas partes que son a la vez deudora y acreedora de la otra; *que exista entre las prestaciones*

⁷⁹⁰ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J. C., “Efectos...” *op. cit.*, pág. 283. En relación con la extensión de determinadas reglas pertenecientes al régimen jurídico de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso a otras realidades contractuales, en concreto sobre la posibilidad resolutoria del artículo 62 LCon, *vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los efectos...* *op. cit.* pág. 38. El autor no obstante no pone en duda la referencia del artículo 61 LCon a los contratos sinalagmáticos, sino que entiende la conveniencia de extender la aplicación de ciertos aspectos de dicho régimen jurídico.

⁷⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 687/2011, de 11 de octubre (RJ 2011/7407), FD 5º. En ella destaca la falta de definición legal de el término “reciprocidad” o “sinalagma”, ciñéndose el Código Civil a establecer su régimen jurídico en los artículos 1100 y 1124.

*una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra; y que ambas obligaciones funcionen como principales en la relación contractual (lo que no conlleva la equivalencia de valor entre las mismas)*⁷⁹².

Cuando la reciprocidad existe en el momento de nacimiento o perfección del contrato, el sinalagma se denomina genético porque su existencia es consustancial al momento inicial de la relación; diferenciándose del llamado sinalagma funcional que se identifica con la existencia de reciprocidad en una fase posterior, de desarrollo del contrato. Este sinalagma funcional, en relación con la insolvencia nos interesa especialmente en un momento exacto, la declaración de concurso. Es decir, entenderemos por sinalagma funcional la relación contractual donde la nota de reciprocidad que venimos comentando está vigente al momento de declaración de concurso de una de las partes. De manera muy esquematizada éstas son las formas que reconoce la jurisprudencia respecto a la reciprocidad de las obligaciones en materia de concurso⁷⁹³; así, solo cuando exista sinalagma funcional, podremos hablar de contratos con obligaciones recíprocas en el sentido que lo hace la Ley Concursal.

Por tanto, en sede concursal cuando no estemos ante un contrato sinalagmático en el momento de apertura del procedimiento –bien porque no lo haya sido en ninguna

⁷⁹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 44/2013, de 19 de febrero (RJ 2013/2568), FD 3º. Sobre el concepto de obligación recíproca, el TS viene delimitándolo desde antiguo, *vid.* Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil): 4721/1979, de 7 de mayo (RJ 1979/1761); y 96/1979, de 15 de marzo (RJ 1979/871).

⁷⁹³ Temporalmente próximas encontramos las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª): 44/2013, de 19 de febrero (RJ 2013/2568), FD 3º; 792/2012, de 9 de enero (RJ 2013/1633), FD 3º. No obstante, los conceptos de sinalagma funcional y sinalagma genético –no solo dentro del sistema concursal– han sido objeto de tratamiento por parte de la jurisprudencia, que ha desarrollado a partir de los mismos el concepto de obligación recíproca que como se ha visto en nota anterior, se introdujo en pronunciamientos del TS de finales de la década de los 70. *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil): 39/1982, de 14 de mayo (RJ 1982/2572); de 11 de julio de 1983 (RJ 1983/4208); 7400/1988, de 25 de octubre (RJ 1988/7637), FD 4º; 7706/1993, de 15 de noviembre (RJ 1993/8914), FD 1º; 6290/1997, de 22 de octubre (RJ 1997/7410), FD 1º.

de sus fases⁷⁹⁴ o bien porque el cumplimiento de íntegro de una de las partes haya acabado con el sinalagma genético inicial o funcional durante el desarrollo del contrato⁷⁹⁵, no podremos aplicar el artículo 61.2 LCon⁷⁹⁶. De este modo, el régimen que correspondería sería el del apartado anterior (61.1), que asimila los contratos unilaterales con aquellos en que ha desaparecido el sinalagma por cumplimiento de una de las partes. En esa situación, el crédito o débito resultante del contrato, es decir, las prestaciones debidas por una de las partes se incorporarán a la masa activa o pasiva del concurso según haya cumplido sus obligaciones el concursado o la contraparte. El concepto fundamental en la aplicación del régimen jurídico del artículo 61.2 LCon es el sinalagma funcional, es decir, la necesaria reciprocidad en el momento de la declaración del concurso. En caso contrario, haya nacido dicha relación como unilateral o como sinalagmática, no podrá tratarse como un contrato con obligaciones recíprocas; se entiende que la unilateralidad inicial o sobrevenida reenvía el tratamiento de dichos contratos al primer apartado del artículo 61, que somete las prestaciones pendientes a las reglas de universalidad e integración en la masa correspondiente.

b) Régimen jurídico

En cuanto a los contratos con obligaciones recíprocas, la ampliamente aceptada tendencia de continuidad de los mismos cristaliza, sobre todo, en dos medidas:

– La prohibición general del artículo 61.3 LCon, que establece la nulidad de cláusulas contractuales que otorguen la facultad de resolución por la sola causa de la

⁷⁹⁴ Comentando jurisprudencia ya citada, en relación con los *swaps*, que el TS ha determinado como contratos unilaterales en sede concursal al desplegar obligaciones solo para una de las partes, FUENTES DEVESA, R., “Artículo 61”... *op. cit.*, pág. 233.

⁷⁹⁵ Por todos, FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los efectos...* *op. cit.*, pág. 51.

⁷⁹⁶ Esta circunstancia también ha sido puesta de relieve por el TS incluso antes de la entrada en vigor de la LCon, determinando una tendencia en nuestra reciente historia concursal. Recordemos que la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única) 388/2003, de 23 de abril (RJ 2003/3529), FD 2º, sigue la línea iniciada por la Sentencia del Tribunal Supremo 4109/1978 de 2 de enero, que se refería a la declaración de quiebra, concepto extrapolable en este punto a la declaración de concurso: *produce la ruptura de la equivalencia de las prestaciones característica de los contratos sinalagmáticos, ya que el acreedor, realizador de su pretensión íntegra, ha de quedar sometido como acreedor ordinario a la Ley del dividendo.*

declaración de concurso de cualquiera de las partes. Obviamente, la resolución del contrato podrá producirse tras la declaración de concurso, pero la norma se encarga de evitar que el proceso en sí pueda tipificarse como una causa autónoma de cualquier género de resolución o desistimiento. Se trata de cláusulas que hasta la promulgación de la Ley Concursal habían sido utilizadas con bastante frecuencia en tráfico mercantil, en una suerte de protección de la parte no insolvente ante la posible crisis económica sobrevinida en la otra otra parte de la relación⁷⁹⁷. No obstante, han aflorado en la práctica diversas conductas que tienen como objetivo mantener dicha posibilidad de tutela del no insolvente en un contrato con obligaciones recíprocas. Algunos autores han calificado como fraude de ley la predisposición por parte de entidades bancarias de causas de vencimiento en sus pólizas que si bien no se asocian a la insolvencia misma, sí lo están con un deterioro de las solvencia del cliente o con la existencia de dudas sobre ésta⁷⁹⁸.

– La vigencia de dichas obligaciones recíprocas, que no se ve afectada por la declaración de concurso, realizándose con cargo a la masa las prestaciones a las que esté obligado el deudor (art. 61.2 LCon). Se trata de una disposición que se complementa con el artículo 61.3 LCon, señalando una idea pretendidamente general de continuidad o vigencia de este tipo de contratos. La regla general de vigencia tiene como contrapartida para el contratante *in bonis* la prededucibilidad del crédito dada su calificación como contra la masa, en la difícil empresa de conciliar todos los intereses en liza en materia de contratos en el concurso.

Por su parte, la extinción de estos contratos cuyas prestaciones están pendiente de cumplimiento por ambos contratantes, puede darse por varias razones con ocasión del concurso:

– El artículo 61.2 LCon establece que el Juez puede resolver el contrato a instancia de la administración concursal (en el régimen de suspensión) o el deudor (en el régimen de intervención), cuando así lo aconseje el interés del concurso. El concepto de

⁷⁹⁷ Recoge esta cuestión y demanda la licitud de esta pretensión, contenida en numerosas cláusulas con dicho contenido, con la consiguiente *mutilación ex lege* de muchos contratos, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J. C., “Efectos...” *op. cit.*, pág. 283.

⁷⁹⁸ SALINAS, C., “Principios básicos...” *op.cit.*, pág. 113.

interés concursal es uno de los más complejos e indeterminados de este sector del ordenamiento⁷⁹⁹. Sin perjuicio de volver más adelante sobre el mismo, tanto en materia contractual como de manera aislada, normalmente se ha identificado en este punto como un elemento que se refiere a la maximización de la satisfacción de los acreedores⁸⁰⁰. No obstante, la cuestión no es sencilla puesto que la satisfacción crediticia no siempre estará ligada a la liquidación; ni el procedimiento concursal se ha mantenido inmutable desde la entrada en vigor de la LCon, cuyas reformas han tenido importantes efectos sobre la dirección de la institución del concurso. Por tanto, nos encontramos con un concepto de naturaleza polivalente, que justifica una facultad de resolución de cierto tipo de contratos pero no siempre en base a un mismo criterio fijo. El interés del concurso se puede expresar en distintos modos y es tarea del Juez interpretarlo en lo que se refiere a la continuidad o resolución de contratos con obligaciones recíprocas. Finalmente, se ha dicho que esta posibilidad resolutoria sirve para proteger la masa de acreedores concursales, *de modo que no se condene al concurso a tener que llevar a sus espaldas el cumplimiento de prestaciones que, a lo mejor, revistan escasa utilidad, o la tienen, pero pueden obtenerse en mejores condiciones de otros sujetos*⁸⁰¹.

– También subsiste la facultad de resolución contractual por incumplimiento⁸⁰² posterior a la declaración de concurso, o incluso por incumplimiento anterior si estamos ante obligaciones de tracto sucesivo (art. 62 LCon). Si alguna parte hace uso de esta potestad, las obligaciones pendientes de vencimiento quedan extinguidas. Por su parte, las obligaciones vencidas e incumplidas antes de la declaración de concurso se

⁷⁹⁹ Se ha dicho de él que no es posible identificarlo *a priori* con el interés de ninguno de los sujetos interesados en la crisis empresarial. MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., “Interés de los socios e interés del concurso durante la tramitación del proceso concursal”, *Convergencias y paralelismos en el Derecho de sociedades y en el Derecho concursal en el marco Estados Unidos-Unión Europea. III Seminario Harvard-Complutense de Derecho de los negocios* (AAVV), Madrid, Marcial Pons, 2007, pág. 328.

⁸⁰⁰ La resolución del contrato sería acorde al interés concursal cuando con ella obtenga la parte acreedora mayor satisfacción que con el cumplimiento de aquél. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61)”, *Comentario de la Ley Concursal* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Tomo I, Madrid, Civitas, 2004, pág. 1147.

⁸⁰¹ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J. C., “Efectos...” *op. cit.*, pág. 291.

⁸⁰² Se entiende que la Ley Concursal hace referencia a la *exceptio non adimpleti contractus* del artículo 1124 CC; remisión sobre la que volveremos en este mismo capítulo.

incorporan al concurso, mientras que las vencidas tras la declaración de concurso se satisfacen con cargo a la masa (salvo si la parte acreedora de la relación obstaculiza el cumplimiento, en cuyo caso pasará a ser un crédito subordinado⁸⁰³).

– El artículo 63 LCon permite una doble excepción a la regla de nulidad de las cláusulas que permitan la extinción de la relación por causa del concurso. Se permite la denuncia unilateral o extinción pactada del contrato (según el caso) en aquellas relaciones en las que la Ley lo prevea expresamente⁸⁰⁴.

Finalmente, hay que matizar estas posibilidades de extinción de los contratos, ya que la propia LCon (art. 62.3) concede al Juez la capacidad para decretar el cumplimiento de un contrato en interés del concurso, aun existiendo los requisitos para su resolución⁸⁰⁵. Se trata de una atribución de gran relevancia puesto que la autonomía negocial se ve deformada hasta la posibilidad de decretarse un cumplimiento forzoso cuando concurren causas de resolución. Si bien podemos considerar al Juez como una autoridad independiente, su imparcialidad no supone necesariamente la pertinencia de saltarnos la voluntad de las partes (o una parte) que deciden llevar a cabo un acto extintivo de una relación jurídica, otorgándole el ordenamiento la facultad de hacerlo. Resulta excesivamente reduccionista pensar que el Juez mercantil va a contar siempre con las capacidades y elementos de análisis suficientes para tomar una decisión mejor que la prevista por las partes. Quizá el punto de vista más práctico justifique esta medida, sin embargo, se está dotando a la figura del Juez de la posibilidad tanto de determinar la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas (a instancia de parte), como su cumplimiento obligatorio. La concepción que puede legitimar tales competencias es la del órgano jurisdiccional como auténtico órgano rector del procedimiento. A este respecto surgen cuestiones que no podemos tratar aunque no podemos dejar de enunciar: ¿por quién es encarnado el interés concursal? ¿corresponde su tutela a la administración concursal, al Juez, o a ambos? Sin duda son preguntas

⁸⁰³ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “Efectos...” *op. cit.*, pág. 926.

⁸⁰⁴ A tal efecto, puede servir de ejemplo el artículo 1732 CC (en relación al mandato); el artículo 26 de la Ley 12/1992 de 27 de mayo del Contrato de Agencia; o el artículo 37 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro.

⁸⁰⁵ Destacando la originalidad de la medida prevista por el legislador español, SÁNCHEZ PAREDES, M. L., “Los efectos...”, *op. cit.*, pág. 456.

complejas, de difícil respuesta; no obstante, la reflexión sobre estos extremos es fundamental para conocer conceptos como el interés concursal, que tienen una incidencia tal en relación a los contratos en el concurso de acreedores⁸⁰⁶.

3.3. Otras relaciones contractuales presentes en la Ley Concursal

En la LCon se recogen ciertas peculiaridades que se van a dar con respecto a algunas relaciones de naturaleza más específica, que podemos considerar como regímenes más especiales aun dentro de la propia norma concursal, que ya de por sí impone un régimen especial en materia de contratos con obligaciones recíprocas con respecto al Derecho común. Por tanto, las reglas expresadas en el epígrafe anterior deben entenderse sin perjuicio de estas especialidades. Asimismo, debe destacarse que el principio de modulación de la esfera obligacional del deudor se manifiesta en el tema de los contratos, aunque lo hace de manera principal en aquellos con obligaciones recíprocas. El análisis realizado de los artículos 61 y siguientes se corresponden con los preceptos que bajo nuestra visión imponen una mayor ruptura con el Derecho clásico de obligaciones y contratos. Ahora nos encontramos con una situación en que de nuevo el Derecho concursal deforma las prescripciones en materia de obligaciones, aunque estos regímenes especiales van a tener una representatividad menor en relación al axioma concursal que analizamos, por cuanto se refieren no al régimen general de nuestro Código Civil. No obstante, también se presentan someramente estos ámbitos en que la Ley Concursal incide de manera específica.

– *Condiciones laborales*. Se faculta al Juez de lo Mercantil para llevar a cabo la modificación, suspensión y extinción colectiva de los contratos de trabajo. Hay que subrayar que ante este órgano jurisdiccional únicamente se tramitarán expedientes colectivos, manteniéndose la competencia del Juez de lo Social en materia de relaciones laborales individuales⁸⁰⁷. El procedimiento, incluyendo el intento de llegar a un acuerdo entre quienes están legitimados para hacer la propuesta (administración concursal, deudor-empresario o los representantes de los trabajadores), está regulado en el artículo

⁸⁰⁶ Glosando las principales opiniones doctrinales, y con un repaso a los criterios necesarios para interpretar el concepto de interés concursal en sede de contratos en el concurso: BLASCO GASCÓ, F. P., *Declaración en concurso... op. cit.*, págs. 37 y ss.

⁸⁰⁷ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción... op. cit.*, pág. 2112.

64 LCon. Aquí la Ley no se ha limitado a hacer un simple reenvío a las normas laborales sino que ha preferido adaptar estas normas a la naturaleza y exigencias peculiares de la propia institución concursal⁸⁰⁸. Por su parte, la modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores sólo va a afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y en todo caso, será preceptivo el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores (art. 66 LCon).

– *Contratos de alta dirección.* Declarado el concurso, el personal de alta dirección contratado podrá extinguir su contrato con un preaviso de un mes. Sin embargo, la prescripción más interesante del artículo 65 LCon señala que “la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección”. Y aunque el posible derecho a indemnización de los directivos queda a salvo y será moderado por el Juez, la administración concursal puede solicitar el aplazamiento de esta indemnización. La razón de ser de esta facultad se encuentra en la posibilidad de que la calificación como culpable del concurso afecte a algún directivo, de manera que perdería cualquier derecho de esta naturaleza⁸⁰⁹. Para que se produzca tal rescisión, no se requieren más requisitos que la efectiva declaración de concurso y la voluntad de la administración concursal, ni siquiera ha de justificarse tal medida, ni basarse en criterios de necesidad⁸¹⁰.

– *Contratos con la Administración Pública:* Los contratos celebrados con la Administración Pública estarán condicionados según se trate de un contrato administrativo (rige la legislación especial) o un contrato de carácter privado, en cuyo caso habrá que estar al régimen pretendidamente general de la LCon de los artículos 61 y siguientes. En cuanto a los efectos especiales que tiene la declaración de concurso sobre los contratos administrativos, y que se encuentran en Real Decreto Legislativo

⁸⁰⁸ MONTOYA MELGAR, A., “Crisis de empresa y contrato de trabajo (panorama tras la Ley Concursal)”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 2981.

⁸⁰⁹ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “Efectos...” *op. cit.*, pág. 930.

⁸¹⁰ VIGUERA RUBIO, J. M., “Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 3374.

3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCS) –con su artículo 224 como norma principal al respecto–, éstos *tienden a inclinar la balanza mucho más por el reconocimiento de facultades dispositivas sobre el devenir del contrato a la administración*⁸¹¹.

Fuera de la Ley Concursal, encontramos algunos ejemplos particulares como el del contrato de seguro. A pesar de su ausencia en la LCon, la LCS en su artículo 88 (dedicado al seguro de vida), establece que cuando el tomador del seguro sea declarado en concurso, los órganos de representación de los acreedores podrán exigir al asegurador la reducción del seguro.

3.4. Rehabilitación de contratos

Los artículos 68, 69 y 70 LCon están dedicados a la posibilidad de rehabilitar contratos que hubiesen devenido ineficaces, principalmente por incumplimientos del deudor como consecuencia de su pésima situación patrimonial⁸¹². Cada precepto está dedicado a un contrato en particular, de forma que si se cumplen las condiciones allí expresadas, cabe la posibilidad de rehabilitar los contratos de préstamo y crédito en general (art. 68 LCon), los contratos de adquisición de bienes con precio aplazado (art. 69 LCon) y los contratos de arrendamiento urbano (art. 70 LCon), incluyéndose la enervación del desahucio. Además de las reglas específicas para cada contrato⁸¹³, en los tres artículos mencionados se prevé que sea la administración concursal la que inste la rehabilitación (iniciativa propia o a instancia del deudor salvo el último caso), siendo necesario también que se satisfagan todos los pagos pendientes al acreedor, de manera que la rehabilitación no sea lesiva para los intereses de éste.

⁸¹¹ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J. C., “Efectos...” *op. cit.*, pág. 301.

⁸¹² MARCO ALCALÁ, L. A., “La rehabilitación de créditos y de contratos en la nueva Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 2877-2878; otros prefieren señalar que las normas de rehabilitación se refieren a contratos *extinguidos o en curso de extinción*. *Vid.* BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual... op. cit.*, pág. 602.

⁸¹³ Éstas difieren, por ejemplo, en lo que respecta a la posibilidad de oposición del acreedor, que será posible fundándola en determinados hechos en los dos primeros casos, pero no en el contrato de arrendamiento urbano, donde no cabe oposición.

La rehabilitación de créditos y contratos se configura así como un instrumento cuyo resultado es, desde un punto de vista amplio, una contribución significativa a la modificación de las reglas en materia que rigen los contratos. De nuevo se vuelve a manifestar la insólita capacidad del concurso de acreedores para modular el Derecho de obligaciones, recuperando una relación ineficaz o extinta por motivos de incumplimiento incluso, en algunos casos, en contra de la voluntad del acreedor.

3.5. Vigencia de los contratos y conservación de la actividad: ¿paradigmas válidos?

El tratamiento habitual que la doctrina ha dado al tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos suele partir de la premisa de que el fin esencial del concurso es la satisfacción de los acreedores⁸¹⁴, de manera que el “interés del concurso” podríamos entenderlo como la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio para alcanzar tal objetivo. Esta idea, llevaría, según GARCÍA VICENTE, a una concepción del interés concursal neutral respecto al juicio de conveniencia sobre el mantenimiento de los contratos⁸¹⁵. No obstante, y sin negar la satisfacción de los acreedores como fin primordial del procedimiento, al que se supeditan todos los demás, otros autores matizan dicha afirmación. La satisfacción de los acreedores es el objetivo básico de la institución, sin embargo, existen otros fines, como la conservación de la empresa⁸¹⁶ (o la actividad económica en sentido general) del que se han visto ya numerosos ejemplos. De hecho, es recurrente la identificación en este ámbito contractual de un principio tributario de esa idea de conservación, constituyendo el principio de continuidad de los contratos una mera manifestación de aquélla. VICENT CHULIÁ formula esta tesis, separándose de la idea de neutralidad del concurso respecto del mantenimiento de los contratos, para asegurar que la intención del legislador ha sido seguir una nueva filosofía a este respecto⁸¹⁷. Por su parte BROSETA

⁸¹⁴ Tesis adoptada por OLIVENCIA, M., “La satisfacción de los acreedores, fin esencial del concurso”, *Los acreedores concursales. II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Pamplona, Aranzadi, 2010, pág. 46.

⁸¹⁵ GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentarios... op. cit.*, págs. 673 y ss.

⁸¹⁶ Esta idea fue expuesta por el propio Ministro de Justicia que tramitó la LCon, el Sr. Michavila en el Congreso de los Diputados: *La Ley apuesta sobre todo por la viabilidad de la empresa. (Diario de Sesiones, nº 196, 17 de octubre de 2002, pág. 9794).*

⁸¹⁷ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción... op. cit.*, pág. 2109.

PONT y MARTÍNEZ SANZ⁸¹⁸ señalan en un sentido similar, que si partimos de que la solución que el legislador desea para el concurso es el convenio, se puede tomar conciencia de lo fundamental que va a ser la conservación de los contratos. Estas circunstancias justifican en opinión de la doctrina mayoritaria que el Derecho de contratos se vea modificado en sede concursal, en pos de la conservación de los mismos⁸¹⁹.

Pero una vez más, debemos ser críticos con el *statu quo* concursal, para discernir si realmente la vigencia de los contratos y su relación con la conservación de la actividad económica pueden seguir siendo paradigmas válidos. En nuestra opinión, las reglas sobre contratos, especialmente sobre aquellos con obligaciones recíprocas no pueden considerarse autónomamente sino que forman parte de un axioma de mayor tamaño, la modulación del Derecho de obligaciones, siendo parte muy importante del mismo. En buena medida, la deformación de las reglas del Derecho común y de otras normas que regulan el ámbito obligacional del deudor se encuentran en los artículos 61 y siguientes de la Ley Concursal. Sin embargo, en nuestra labor de abstracción y categorización entendemos que existen otros ámbitos donde el Derecho concursal tiene efectos sobre el Derecho de obligaciones, lo que comporta una tendencia axiológica en la LCon. Desde este punto de vista, negamos el tratamiento separado de las reglas sobre los contratos, en la medida en que han llevado a otorgar nivel de principio los preceptos dedicados a éstos en la norma. Sin embargo, no solo formulamos oposición a la sistemática utilizada, que puede ser perfectamente admisible si se considera que existen efectos sobre los contratos que no comportan un principio concursal *per se*, sino también a la constatación de una idea de vigencia de los contratos en la Ley Concursal y su asociación con la conservación de la actividad económica.

En primer lugar, la vigencia de los contratos no creemos que pueda destacarse como un principio de la Ley⁸²⁰, obviamente porque forma parte de un principio mayor

⁸¹⁸ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual... op cit.*, pág. 600.

⁸¹⁹ En este sentido, GÓMEZ MENDOZA, M., “Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 2808.

⁸²⁰ Principio de vigencia es una expresión utilizada en este ámbito de manera recurrente. Por todos, SÁNCHEZ PAREDES, M. L., “Los efectos...”, *op. cit.*, pág. 436.

que aquí analizamos; pero ni siquiera estamos convencidos de que la Ley Concursal implique una tendencia clara hacia la continuidad de los contratos. Es cierto que encontramos normas en este sentido, pero de igual modo existen resortes legales de los que la Ley Concursal se dota para extinguir las relaciones contractuales del concursado. En este sentido, aunque solo hayamos dado una idea general sobre los regímenes especiales de contratos particulares –contratos de trabajo, personal de alta dirección, contratos administrativos–, se ha podido comprobar cómo no se prima la continuidad en todos los casos; de hecho, en materia de personal de alta dirección y contratos administrativos bien a través de disposiciones nuevas o bien de reenvío, la rescisión contractual es una opción que se presenta con expresas facilidades⁸²¹. Pero incluso en el régimen pretendidamente general de los contratos con obligaciones recíprocas hay disposiciones donde el efecto no será, ni mucho menos, la continuidad del contrato sino su extinción. A este respecto destacamos tres elementos: la subsistencia de la resolución por incumplimiento posterior a la declaración de concurso (también anterior si se trata de obligaciones de tracto sucesivo), la aparición de una nueva facultad de resolución justificada con un concepto tan abstracto y moldeable como el interés concursal, y la disposición por la cual la prohibición general de las cláusulas que permitan la resolución del contrato con el único motivo de la declaración de concurso de una de las partes cede ante las normas que prevean expresamente la posibilidad de desistir unilateralmente o pactar la extinción de la relación contractual por concurso de alguno de los contratantes. Por tanto, entendemos que existen ejemplos suficientes para determinar que más que un principio o tendencia a la continuidad de los contratos, en la Ley Concursal el régimen de los contratos pendientes participa de ese principio general de modulación del Derecho de obligaciones, que en algunos casos lleva al legislador a plantear facilidades en el sentido de mantener o incluso recuperar un contrato, mientras que en otros planteará mecanismos que no existían anteriormente, para extinguir relaciones con relevancia para el ámbito obligacional del deudor.

En segundo lugar, las normas que apoyan o determinan el cumplimiento o la vigencia de los contratos en sede concursal no tienen obligatoriamente que estar vinculadas a la idea de continuidad de la actividad empresarial o profesional. La

⁸²¹ Para la administración concursal en el primer caso y para la Administración Pública en el segundo, de acuerdo con el TRLCSP.

continuidad de un contrato durante el procedimiento concursal –que sin las normas de la LCon pudiera haber sido extinguido por el acreedor– puede reportar al concursado beneficios que engrosen su activo, de modo que de cara a la liquidación, ésta mejore las expectativas de satisfacción de los acreedores⁸²². Que la continuación o mantenimiento de ciertas relaciones contractuales procuran activos importantes a los deudores bajo procedimiento concursal no solo para la continuidad de la actividad sino también ante una futura liquidación del patrimonio es una idea que degrada la relación entre vigencia de los contratos y continuidad empresarial. Este extremo es claro y queda acreditado por cuanto los datos de sobra citados en este estudio, arrojan que la conservación de empresa –de la actividad en sentido amplio– solo se da en un número mínimo de los concursos tramitados⁸²³. Por tanto, y entendiendo que estas normas sobre la vigencia de los contratos se dan siempre y no cabe la exclusión de las mismas, no puede existir una relación tan clara entre realidades (la vigencia de los contratos y la conservación de la actividad) con una diferencia cuantitativa tal en cuanto a su aplicación. Las reglas sobre contratos en el concurso, en este caso solo nos referimos a aquellas que optan por la vigencia de los mismos, van a tener una utilidad que supera al objetivo de conservación de la actividad. Obviamente habrá casos en que aquéllas sean un importante instrumento para conseguir ésta; no obstante, la asociación obligatoria o incluso fiduciaria que se ha realizado entre ambos elementos del sistema no puede pervivir más tiempo ya que no está respaldada ni por motivos de utilidad (puesto que sirve la vigencia de los contratos también a otros objetivos del proceso concursal) ni por motivos prácticos, pues los más de diez años de vida de la Ley no demuestran esa relación, siendo ínfimo el número de casos en que se da la continuidad de la actividad en lugar de la liquidación.

⁸²² En similares términos se expresan: SALINAS, C., “Principios básicos...” *op.cit.*, pág. 102; GÓMEZ MENDOZA, M., “Efectos del concurso...” *op. cit.*, pág. 2788.

⁸²³ Destaca la irrealización del *idílico escenario previsto por la Exposición de Motivos (VI) de la LC* para FERNÁNDEZ SEIJO, que además denuncia la falta de coherencia de algunas normas (en concreto se centra en las posibilidades de resolución de contratos en el concurso), dado el contexto concursal en que el convenio o la solución pactada es la excepción a la regla general, justamente al contrario de cómo se había previsto. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los efectos...* *op. cit.* pág. 70.

3.6. Fricciones entre el régimen de los contratos de la Ley Concursal y el Código Civil

No se ha formulado de manera expresa por la doctrina un principio de modulación del ámbito obligacional del deudor en el proceso concursal, es decir, la cuestión no ha sido reconocida por la doctrina en términos axiológicos, aunque sí existen ejemplos de autores que han admitido que el Derecho concursal deforma la teoría general de obligaciones y contratos. Entre ellos destacamos a SÁNCHEZ PAREDES, que señala de manera clara que ante la confluencia de intereses diversos, *el concurso altera el esquema obligacional previsto por las partes en el momento de la contratación*; con gran criterio y aun justificando la modulación de ciertos preceptos del régimen general de obligaciones, dice que prescindir de dichas normas sobre contratación en pos de la aplicación del proceso concursal puede provocar una falta de reciprocidad contractual así como la pérdida del justo equilibrio entre las partes (propio de los contratos bilaterales). Mantiene además que el contratante *in bonis*, a pesar de su cumplimiento según lo pactado, a lo máximo que puede aspirar es al cumplimiento dentro de los límites del convenio o la liquidación, con todo lo que ello supone⁸²⁴.

De otro lado, parte de la doctrina ha identificado preceptos concretos del Código Civil cuya aplicación no es posible en el concurso⁸²⁵ por entrar en confrontación con la propia LCon, que prevalece por criterios de aplicación de normas como el temporal o el de especialidad. Estas ideas son las bases teóricas desde las que construimos la postura que vamos a expresar respecto a la relación entre Ley Concursal y Código Civil, que en lo relativo a los contratos es especialmente acusada. Identificando algunas de las diferencias a las que aludiremos –y adelantando algunas de las tesis que se enunciarán

⁸²⁴ SÁNCHEZ PAREDES, M. L., “Los efectos...”, *op. cit.*, págs. 438-439. En este sector doctrinal encontramos también a: SALINAS, C., “Principios básicos...” *op.cit.*, págs. 102-103; y MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., *Los efectos de la declaración...* *op. cit.*, pág. 26. Esta autora llega a señalar: *La Ley Concursal ha venido a llenar un vacío, partiendo, en todo caso, del principio de que el cumplimiento o resolución contractual se rigen por la legislación civil, que convenientemente matiza y modifica*. También admite esta modulación: PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, *Diario La Ley*, nº 8391, 3 de octubre de 2014, pág. 14.

⁸²⁵ Refiriéndose al párrafo primero del art. 1129 CC (la pérdida del beneficio al plazo para el deudor insolvente), RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J. C., “Efectos...” *op. cit.*, pág. 284.

aquí— se pronuncia FERNÁNDEZ SEIJO: *De este modo el verdadero sentido de los artículos 61 y 62 LC debe entenderse como un régimen especial, propio del concurso, por el cual en algunos supuestos o cuando se dan algunas circunstancias el concurso puede alterar las reglas generales del artículo 1124 CC e imponer unas reglas especiales que se aplican siempre en interés del concurso, es decir, evitando automatismos*⁸²⁶; y añade, *el correcto alcance de los artículos 61 y 62 de la LC es que permiten trastocar las reglas generales que, en cuanto a la resolución de contratos con obligaciones recíprocas establece el artículo 1124 del Código Civil y en artículo 1256 CC —la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes— en cuanto permite que, en interés del concurso, contratos que se cumplen en principio con normalidad puedan ser resueltos a instancia de la administración concursal apelando a dicho interés del concurso, y contratos incumplidos, sin embargo, puedan ser rehabilitados incluso en contra del parecer del acreedor in bonis*⁸²⁷.

En lo sucesivo nos decantamos por destacar aspectos absolutamente fundamentales de la teoría general de obligaciones y contratos, que estando recogidos en nuestro Código Civil como verdaderos ejes vertebradores del sistema jurídico privado, van a ceder ante la aplicación de la institución concursal en materia de contratos. En la deformación de estas reglas de capital importancia para el ordenamiento es donde encontramos algunas de las manifestaciones más claras del axioma concursal que analizamos⁸²⁸. Sin perder de vista que estamos describiendo parte del contenido de un principio concursal de naturaleza general, queremos subrayar las principales normas de nuestro Derecho común que se van a ver fuertemente influidas por la aplicación del proceso concursal.

a) Artículo 1255 CC

En la disciplina de los contratos, la aplicación de la Ley viene guiada por un criterio hermenéutico, el interés concursal, que sirve de herramienta para que el Juez pueda presidir las relaciones contractuales del deudor. El papel de éste, tutelando de

⁸²⁶ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los efectos...* op. cit. pág. 48.

⁸²⁷ *Vid. Supra*. pág. 51.

⁸²⁸ No contemplamos a continuación los preceptos cuya modulación ha sido comentada con anterioridad al no estar provocada por las normas específicas sobre contratos de la Ley Concursal.

manera continua las decisiones con relevancia obligacional, va a suponer una nota distintiva, característica del principio que estamos estudiando, lo que va a producir importantes tensiones con el principio de autonomía de la voluntad de los contratantes (art. 1255 CC). El libre desarrollo de la capacidad negocial de los sujetos de derecho se ve recortada en el procedimiento concursal por la figura del Juez, que se vale del interés concursal para imponer un “mejor criterio” sobre el ámbito obligacional del deudor concursado. Pero no solo existe una abstracta restricción de la autonomía de la voluntad en los preceptos dedicados a los contratos en la LCon; también existen limitaciones específicas. En concreto, nos referimos a la prohibición del uso de cláusulas que determinen la facultad de resolución del contrato con la única justificación de la declaración en concurso de la parte contraria. Se trata de una limitación clara del artículo 1255 CC, cuya aplicación no se encuentra circunscrita al ámbito concursal, sino que se ha extendido a todo el ordenamiento, por cuanto el momento de observancia de la misma es el de redacción de los términos contractuales y no el de la insolvencia. Es una norma de carácter general, que aunque respete las salvedades propias de cada tipo contractual, rige en términos generales en todo el sistema de obligaciones y contratos, impidiendo una cláusula cuyo contenido se había dado con relativa asiduidad en el pasado. Los llamados “efectos sobre los contratos”, se van a extender por tanto no solo a la realidad temporal del concurso, sino que prevén nuevas orientaciones en el Derecho de contratos, cuya inobservancia comporta la consideración de dichas cláusulas como “no puestas”. Se ha recortado sin duda la autonomía de la voluntad de los contratantes, con la consiguiente fricción entre la norma concursal, elevada en este punto a la categoría de regla general en materia de obligaciones, y el artículo 1255 CC, fundamental para entender nuestro Derecho civil.

b) Artículos 1091 y 1256 CC

Estos preceptos otorgan a los contratos fuerza ley entre las partes, obligando al cumplimiento de los mismos en los términos pactados y aceptados por aquéllas (art. 1091 CC) y sin dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento o validez del contrato (art. 1256 CC). El valor de estos artículos no necesita comentario, pudiendo considerarse por separado o interpretados de forma conjunta, pilares básicos del Derecho de obligaciones al elevar el valor del vínculo contractual como garantía de

cumplimiento para el tráfico jurídico. No obstante, en el procedimiento concursal se identifican mecanismos que van a relativizar el valor de los contratos, apareciendo nuevas facultades resolutorias que no va a disfrutar el contratante *in bonis*. Nos referimos a la resolución en interés del concurso, instituto que, de nuevo jalonado sobre el indeterminado concepto jurídico de interés concursal va a modificar las reglas generales del Código Civil, concretamente estos preceptos. En primer lugar, se transgrede o se deforma el artículo 1256 CC al dejar al arbitrio de una de las partes una posibilidad resolutoria (o más bien se limita el acceso a ella de la otra parte), transformando el equilibrio contractual con este nuevo instituto. Es claro que la posición del concursado cambia durante el procedimiento, habilitándolo el Derecho concursal para extinguir los contratos en base a criterios que el Derecho común desconoce e incluso prohíbe con carácter general en el mencionado 1256 CC, en el entendido de que el interés del concurso puede asimilarse al arbitrio o interés mismo de una de las partes, por cuanto se trata de un concepto abierto, multiforme y que puede servir a diferentes justificaciones. En segundo lugar y en relación al artículo 1091 CC, no solo existe un desequilibrio que reduce la intensidad normativa del contrato como fuente de obligaciones, sino que se modifican las condiciones pactadas libremente por las partes. Así, cuando se perfecciona un contrato, éste cuenta con un contenido, y en él distinguimos un objeto, unas prestaciones, un régimen jurídico concreto, etc. El régimen jurídico común incluye las normas sobre resolución de los contratos, entre las que no se prevé la nueva facultad motivada por el interés concursal. La declaración de concurso modifica esta circunstancia, introduciendo una nueva posibilidad no aceptada por las partes (viene dada *ex lege*) en el momento de prestar el consentimiento. Se activa un instituto especial con la aplicación del Derecho concursal, que modifica de nuevo las normas generales sobre obligaciones y contratos del Código Civil.

c) Artículo 1124 CC

Uno de los preceptos más importantes sobre los que se construye la disciplina de los contratos en el Derecho español es el artículo 1124 CC, que regula la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas, y que ha servido como base para que la jurisprudencia interprete la existencia y las condiciones de la *exceptio non adimpleti contractus*. Pues bien, el mecanismo de resolución por incumplimiento de las

obligaciones sinalagmáticas también se ve modificado en sede concursal. Subsiste como hemos visto tras la declaración de concurso, la facultad de resolución por incumplimiento, sin embargo, el perfil de ésta va a cambiar sustancialmente con respecto a su origen en el artículo 1124 CC y la interpretación del Tribunal Supremo sobre el mismo. Incluso cabría preguntarse si existe una derogación tácita del precepto del Código Civil, a favor de un tipo de resolución por incumplimiento distinto, de naturaleza concursal. No obstante, la importancia de estas reglas para todo el sistema de Derecho privado⁸²⁹, la falta de apoyos jurisprudenciales y doctrinales y la dificultad de la cuestión complican la tarea de discernir si estamos ante una ruptura total con la norma general o si por el contrario debemos mantenernos en la línea de considerar que el contenido del artículo 62 de la Ley Concursal supone –nada más y nada menos– una fuerte modulación de la resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC. Destacamos cinco aspectos en este sentido:

– Inicialmente, debe decirse que el ámbito de aplicación del artículo 1124 CC no concuerda con el de la facultad de resolución por incumplimiento del artículo 62 LCon. Si bien el Código Civil se aplica en los contratos con obligaciones recíprocas en sentido amplio, sea cual sea el grado de cumplimiento de las partes, no sucede así en la normativa concursal. Como se ha visto, para que perviva este régimen jurídico aplicado a las obligaciones recíprocas tiene que subsistir necesariamente a la fecha de declaración de concurso el sinalagma (sinalagma funcional y no solo genético). Por tanto, el cumplimiento íntegro de una de las partes, si bien no supone ninguna limitación según el artículo 1124 CC –sino todo lo contrario– para resolver el contrato, en base al artículo 62 LCon va a impedir el uso de dicha facultad resolutoria, incluyendo el crédito de la parte *in bonis* en la masa que corresponda (activa o pasiva). Partimos de una posibilidad que ya en su ámbito de aplicación no se corresponde totalmente con el régimen general del Derecho común. Además, la limitación opera también respecto del ámbito temporal del cumplimiento, pues siendo obligaciones de tracto único, solo podrá invocarse el art. 62 LCon por incumplimientos posteriores a la declaración de concurso (no así para las obligaciones de tracto sucesivo).

⁸²⁹ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J. C., “Efectos...” *op. cit.*, pág. 293.

– En cuanto al término “cumplimiento íntegro”, que aparece en el art. 61 LCon y que es fundamental para interpretar el resto de preceptos en materia de contratos en la Ley Concursal, FERNÁNDEZ SEIJO encuentra una importante diferencia con respecto al concepto de cumplimiento que interpretamos en el art. 1124 CC. *Así, La dicción literal del artículo 61.1 parece concluyente al determinar que el acreedor in bonis debe haber cumplido íntegramente con sus obligaciones, íntegro se vincula al término completo, es decir, debe haber agotado todas las prestaciones, incluyendo las accesorias. Sin embargo esta interpretación de la norma, alejada del contexto del artículo 1124 CC parece ir en contra de la voluntad del legislador en cuanto a que la declaración de concurso suponga la mínima alteración del régimen general de las obligaciones y contratos civiles, y sigue: de ahí que deba propugnarse una interpretación del artículo 61.1 en la que se asimile el alcance de la palabra íntegro al criterio seguido por los tribunales en cuanto a entender que ese cumplimiento íntegro se produce cuando el obligado haya cumplido de manera esencial y tempestiva los compromisos que llevaron a la otra parte a asumir las contraprestaciones correspondientes*⁸³⁰. Participamos de esta idea consistente en que el concepto de cumplimiento de la Ley Concursal y el del Código Civil mantienen un desfase entre ambos, al menos desde el punto de vista literal. Mientras la LCon exige un cumplimiento íntegro, es decir, de toda prestación esencial o accesorio; se viene interpretando el 1124 CC en un sentido más laxo, interesando aquí el cumplimiento esencial y tempestivo, de modo que para que exista incumplimiento, éste debe referirse a una prestación principal. No debemos pronunciarnos –como sí hace la cita utilizada– sobre si el criterio interpretativo debe acercar la postura de la Ley Concursal a la del Código Civil, sino que nos limitamos a constatar la disociación en el concepto cumplimiento entre el Derecho común y el Derecho concursal. Desde luego que la divergencia hermenéutica en este punto da lugar a problemas en la práctica, constituyendo uno de los argumentos más sólidos sobre los que construimos nuestra tesis de un procedimiento concursal que deforma el Derecho de obligaciones y contratos. Entendemos que si no existe identidad en un término tan básico como cumplimiento, la existencia del principio de modulación del ámbito obligacional del deudor es clara e incontestable.

⁸³⁰ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los efectos...* op. cit. pág. 66.

– La resolución por incumplimiento tiene además un perfil diferente en ambos textos. Mientras que la Ley Concursal exige el trámite judicial, el artículo 1124 CC no obsta para que la resolución se realice de manera extrajudicial, sin la aprobación del Juez; circunstancia ésta que ha provocado de nuevo que algunos autores señalen la falta de mimetismo entre los artículos 1124 CC y 62 LCon⁸³¹. La judicialización de la resolución por incumplimiento es evidente dado el tenor literal de la Ley, que en el art. 62.2 otorga al Juez dicha competencia y establece como medio procesal el incidente concursal. En cambio, fuera del contexto concursal, la posibilidad de ejercer extrajudicialmente la resolución por incumplimiento con base en el Código Civil se ha admitido reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸³².

– Además, el Juez cuenta con diferentes atribuciones en uno y otro caso puesto que, como se ha dicho, la facultad de decretar el cumplimiento del contrato (art. 62.3 LCon) sería incongruente con el régimen marcado por el art. 1124 CC. El apartado tercero de éste admite la posibilidad de señalarse por el Juez un plazo de gracia para el cumplimiento, pero dicha atribución nada tiene que ver con la imposición del cumplimiento del modo en que lo admite la legislación concursal. Ésta, una vez más habilita lo que podría considerarse una nueva excepción a la teoría general de obligaciones y contratos, que no consideraremos simplemente una incoherencia legislativa por el mero hecho de haber sido reconocida expresamente por la LCon⁸³³.

– Finalmente, encontramos un ámbito más en que la resolución por incumplimiento del Código Civil puede verse modulada por el régimen de los contratos de la Ley Concursal. Si bien no entramos en la naturaleza de los efectos de dicha resolución⁸³⁴, sí que interesa hablar de la efectividad de ésta. La aplicación del artículo

⁸³¹ Vid. *Supra*, pág. 51; FUENTES DEVESA, R., “Artículo 62”... *op. cit.*, pág. 238.

⁸³² Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª): 78/2011, de 27 junio (RJ 2011/4889), FD 3º; 162/2012, de 29 marzo (RJ 2012/8003), FD 5º. Sobre el carácter recepticio del requerimiento extrajudicial: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 639/2012, de 7 de noviembre (RJ 2013/1245), FD 3º.

⁸³³ BLASCO GASCÓ, F. P., *Declaración en concurso...* *op. cit.*, págs. 66-67.

⁸³⁴ Liberatorio, de restitución e indemnizatorio, con carácter *ex tunc* en las obligaciones de tracto único y *ex nunc* en las de tracto sucesivo; mecanismo que, con las adaptaciones necesarias por la propia particularidad del proceso concursal, trata de replicar el artículo 62 LCon. Vid. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., *Los efectos de la declaración...* *op. cit.*, págs. 295 y ss.

1124 CC en sentido resolutorio implica por regla general –salvo los contratos de tracto sucesivo como reza la nota anterior–, la retroacción de sus consecuencias y la efectividad de la extinción con el consiguiente retorno a la situación precontractual, al estadio cero donde aun no existía relación. Simplificando, se produce una ficción jurídica: la inexistencia del contrato que se resuelve, que desaparece con efectos retroactivos. Por tanto, lo que no ha existido nunca no puede existir actualmente, del mismo modo que lo que ha muerto no puede morir. Sin embargo, en el procedimiento concursal hay una posibilidad de “resucitar” ciertas relaciones contractuales resueltas por incumplimiento, habiéndose utilizado la vía del artículo 1124 CC, en una insólita facultad del Juez para deshacer la que como hemos dicho es la ficción jurídica probablemente más importante del Derecho de obligaciones y contratos: la resolución contractual con efecto retroactivo. Hablamos de la rehabilitación de algunos tipos contractuales que hemos ya analizado en epígrafes anteriores. Los artículos 68, 69 y 70 establecen las condiciones para la rehabilitación judicial de contratos ya extinguidos de crédito y préstamo en general, adquisición de bienes a plazo y arrendamiento urbano con enervación de la acción de desahucio. Estas posibilidades, vienen a refrendar el poder del concurso para modificar el escenario obligacional del deudor, e incluso de la persona que fue acreedora, que puede ver rehabilitado un contrato lícitamente resuelto. En este punto la normativa concursal produce una importante inseguridad, ya que no solo el acreedor presente al momento de la declaración, sino también quien lo fue en el pasado puede sufrir los efectos a través de este instituto, pese a su oposición, siempre que así lo aconseje el interés concursal.

En nuestra opinión, ha quedado demostrado que más que un principio de continuidad de los contratos, en la Ley Concursal lo que queda acreditada es una tendencia a modificar cualquier realidad contractual, no siempre implicando la continuación de la misma, en interés de la masa concursal. Esta tendencia contribuye de manera crítica a la construcción de un principio concursal más amplio, la modulación de la realidad jurídico-obligacional.

XI. PRINCIPIO *PAR CONDITIO CREDITORUM*

1. *Independencia axiomática*

La igualdad de los acreedores concurrentes en un procedimiento concursal supone una las bases de éste, pasando a formar parte del glosario concursal con el aforismo latino *par conditio creditorum*. Ya se han hecho algunas referencias en este sentido, y que queremos reproducir aquí a modo de introducción al estudio de la igualdad de los acreedores en el concurso. Las reflexiones que se han expuesto hasta ahora sobre la *par conditio creditorum* expresan la idea de independencia de dicho axioma respecto de otros principios informadores del Derecho concursal. En concreto, nos hemos centrado en separar los ámbitos de acción de los principios de universalidad, integración e igualdad de los acreedores. El primero se ha caracterizado como el empleo de la totalidad de los bienes del deudor a pagar a los acreedores que concurren al procedimiento en una suerte de versión concursal e independiente del artículo 1911 CC. El segundo viene determinado por la pertenencia de todos los acreedores a una comunidad de pérdidas, a un juicio universal en el que todos los integrados en la masa son conscientes de la complicada situación económica del deudor y sus posibles consecuencias negativas en la satisfacción de sus legítimas pretensiones. El tercero, que ahora centra nuestro interés, se refiere a la medida en que dichas pérdidas afectan a los acreedores, estableciendo un criterio general de igualdad entre éstos a la hora de cobrar sus créditos, o lo que es lo mismo, la igualdad en las pérdidas esperadas y esperables ante la insolvencia del deudor común.

Por tanto, igualdad e integración no son la misma cosa, como se ha dicho, ni vienen a complementarse de modo que una no pueda ser entendida sin la otra. Efectivamente, la integración de la totalidad de acreedores es una condición que redundará en que el reparto posterior sea más igualitario. Si existen acreedores que no concurren al juicio universal, obviamente éstos no satisfarán sus créditos de manera que no podrá entenderse *par conditio* en el sentido más amplio. No obstante, la igualdad de tratamiento seguirá dándose en el procedimiento, de modo que todos los que efectivamente estén integrados en el proceso concursal podrían ser tratados de la misma forma. Separamos claramente, aunque es evidente que se trata de conceptos relacionados, los principios de igualdad e integración. Entendemos que la *par conditio*

creditorum es un principio que opera respecto de un procedimiento concursal no solo iniciado, sino que se refiere a la fase de solución, cuando las deudas concursales se pagan en la medida de lo posible, ya que el reparto de las pérdidas tiene lugar en ese momento del concurso y no antes. No obstante, existe una idea coloquial de igualdad que a este respecto ha ensuciado el análisis jurídico de la cuestión. Su efecto se deja notar cuando la interpretación del principio *par conditio* lo concibe inserto –o como parte de un *totum*– en el de integración. Si bien en la fase común el principio que opera es el de integración de los acreedores en la comunidad de pérdidas, el grado en que esas pérdidas afecten a cada acreedor de manera particular va a pertenecer a un estadio posterior, a la liquidación del patrimonio concursado en sí. Sobre la aplicación de la *par conditio creditorum* al convenio concursal u otro tipo de solución pactada de la insolvencia, veremos más adelante que la cuestión no es sencilla; y haremos una somera anotación sobre el tema, sin perjuicio de centrarnos en la igualdad de los acreedores en la liquidación concursal, por ser la solución típica y que desgraciadamente impera en la práctica judicial.

Para analizar el principio resulta fundamental la exégesis del concepto de privilegio, así como de las categorías crediticias que la Ley Concursal establece. Dichas categorías cuentan con una consideración sistemática en la norma, no obstante, manteniendo la construcción que venimos realizando de la institución concursal en epígrafes anteriores, vamos a encuadrarlas a veces en determinados perfiles que no convergen con la visión que la LCon tiene de las mismas. No es una operación nueva en esta investigación, todo lo contrario, supone mantener la coherencia en la concepción de determinados créditos u operaciones, en lo que no estamos de acuerdo con la propia Ley. En cualquier caso, cada “cambio” en sede interpretativa del orden concursal establecido se trata con la prudencia necesaria y justificando por qué confiamos en una exégesis diversa a la legal. Quizá la naturaleza de este estudio, particular por su objeto (relativo a la cuestión axiológica del concurso), puede ser la razón de la continua demanda de respuestas sobre ámbitos que parecen indiscutidos en esta rama de conocimiento.

2. Concepto

La igualdad de trato no está recogida de forma expresa en el articulado de la Ley Concursal de 2003 como un principio informador del procedimiento de ejecución universal, sino que se trata de una idea que se infiere del tenor de la norma. El aforismo *par conditio creditorum* no aparece en todo el texto, mientras que el término igualdad cuenta con una sola referencia en el articulado⁸³⁵ y no describe el contenido del principio. En la Exposición de Motivos sí que existen dos menciones claras a la “igualdad de tratamiento de los acreedores”, disponiendo que supone la regla general y que sus excepciones deben ser muy contadas y justificadas, pero no se explica el contenido técnico de la regla. Este problema de indefinición se ha visto integrado por la amplísima atención que la doctrina viene dedicando no solo –no tanto– desde la promulgación de la Ley, sino antes incluso. Es un principio de honda tradición en la realidad concursal, cuyo contenido ha sido glosado y comentado por muchos autores. Aquí iniciaremos por conceptualizarlo, descendiendo poco a poco a lo concreto, a su efectividad en la LCon.

Para GARCÍA POMBO, el sistema de ejecuciones individuales –el Derecho de obligaciones común–, cuenta con una importante disfunción consistente en la posibilidad de devenir en opciones antieconómicas en situaciones de un deudor ante una pluralidad de acreedores. La “autotutela” del crédito atiende únicamente al interés de cada acreedor, sin tratar de optimizar el patrimonio del deudor, de modo que pueden darse ejecuciones desordenadas, precios ilógicos, excesivos costes de ejecución, etc⁸³⁶. Ante ello, la ejecución concursal trata de imponer una comunidad de sacrificio en que todos los acreedores sean tratados del mismo modo.

Por el contrario, según DÍEZ SOTO⁸³⁷, la *par conditio creditorum* es un principio no de ámbito concursal sino general, consistente en que *el derecho de cada acreedor a ver satisfecho su crédito con cargo al patrimonio del deudor no se ve limitado, como regla, por la existencia de otros créditos concurrentes sobre el mismo*

⁸³⁵ Artículo 162 LCon, que se comentará posteriormente.

⁸³⁶ GARCÍA POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos en el concurso*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 25.

⁸³⁷ DÍEZ SOTO, C. M., *Concurrencia... op. cit.*, págs. 12-13.

patrimonio. En opinión del autor, la traslación de dicho principio a un contexto de insolvencia tiene como consecuencia un derivado principio de proporcionalidad o “ley del dividendo” que rige en el procedimiento concursal, de modo que cada acreedor *tiene derecho cobrar su crédito en la misma proporción que el total del activo del deudor alcance a cubrir su pasivo*. A pesar de ello, la posición mayoritaria vincula irremediabilmente la *par conditio creditorum* al procedimiento concursal, entendiendo que las normas concursales pueden seguir en mayor o menor medida la inspiración del Derecho común –de sus preceptos fundamentales como el artículo 1911 CC, que consagra la responsabilidad universal patrimonial del deudor–, sin que de ello pueda deducirse la existencia del principio de *par conditio creditorum* fuera del ámbito concursal. Somos por tanto más partidarios de considerar el concepto como *principio informador que rige en las ejecuciones universales de los bienes del deudor común, consistente en el tratamiento de igualdad para todos los acreedores*⁸³⁸; la condición inicial es la aplicación sectorial a los procedimientos de ejecución universal, concursales en definitiva.

Efectivamente, el artículo 1911 CC permite, como ya se ha dicho en este estudio, la agresión al patrimonio del deudor por parte de sus acreedores individualmente considerados, y ello no puede ocurrir sino en condiciones de igualdad, esto es, atendiendo a las condiciones subjetivas de los créditos de cada uno y haciendo valer sus pretensiones en el plano jurídico. No podría ser de otro modo ya que se conculcaría el derecho a la igualdad de todos los españoles recogido por el artículo 14 CE. La protección y reconocimiento constitucional de la igualdad es no ya un principio informador del ordenamiento, sino un derecho subjetivo de todo individuo, y como tal no admite la aplicación de normas discriminatorias. Ahora bien, esto no quiere decir que la igualdad de trato a los acreedores se eleve a categoría de principio aplicable a todo el Derecho de obligaciones. Del artículo 1911 CC podemos inferir la facultad de los acreedores de agresión legítima al patrimonio del deudor, pero las condiciones en que eso ocurra derivan del resto del ordenamiento y por supuesto no empecen a que se creen axiomas particulares en diversas ramas del Derecho. En ese sentido, el reparto

⁸³⁸ Admitiendo la influencia del artículo 1911 CC, pero considerando en este sentido la *par conditio creditorum*, PÉREZ PÉREZ, M., “Concepto, naturaleza jurídica y clases de privilegios del crédito salarial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº4, 1980, págs. 485-486.

equitativo del activo perteneciente al deudor incurso en un procedimiento concursal se ha conocido y se conoce como *par conditio creditorum* o igualdad de trato a los acreedores, cuyo ámbito de aplicación, lógica y configuración técnica responden fundamentalmente a cuestiones de Derecho concursal.

En la recopilación de definiciones del principio nos encontramos con un hecho que llama nuestra atención y es lo recurrente que resulta citar la *par conditio creditorum* como criterio interpretativo, sin detenerse a explicar en qué consiste ni lo que supone para el procedimiento concursal. De este modo, valoramos cada intento de la doctrina de dar una definición al axioma que estamos estudiando, así como reflexiones sobre su sentido o ámbito de aplicación. Aun así seguimos asistiendo a algunas conceptualizaciones que no terminan de convencernos. En este sentido, se ha dicho que la *par conditio creditorum* significa sustancialmente que los acreedores concursales recuperan sus créditos en función de su naturaleza, o intervienen en la solución concordada también en base a las cualidades subjetivas de éstos u objetivas de sus créditos⁸³⁹. Aunque estas circunstancias parezcan responder a los dictados de la LCon, si pensamos de forma abstracta en el principio de igualdad de trato a los acreedores, no podemos sostener que éste consiste en la satisfacción de los créditos en atención a sus características, sino todo lo contrario, en un plano de igualdad. La condicionalidad que termina por corromper la *par conditio* debería acaso entrar por vía de excepción, y no en la definición del principio general.

Pero sobre todas destaca una cita que no podemos obviar, la de GARCÍA MARTÍNEZ, que teoriza sobre la *par conditio creditorum* por encima de condicionantes legislativos. Su análisis se produce en un momento no solo previo, sino muy anterior a la génesis de nuestra Ley Concursal –el año 1984–, y con la referencia de una legislación concursal extranjera, la argentina⁸⁴⁰. No obstante, la plena actualidad de sus planteamientos tienen causa en una metodología y un argumento atemporal,

⁸³⁹ PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “Los créditos subordinados”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 681.

⁸⁴⁰ Con la Ley 19.551 de 4 de abril de 1972, de Concursos y Quiebras, ya derogada por la Ley 24.522 de 20 de julio de 1995, de Concursos y Quiebras.

como es el estudio de un principio de una rama del Derecho, cuestión que difícilmente caduca⁸⁴¹. Destacamos a continuación los puntos más interesantes de esta teoría⁸⁴²:

– La paridad de los acreedores es un principio exclusivamente concursal. No existe *par conditio creditorum* antes ni después del procedimiento dado que en esa situación los acreedores se someten a la *selva procesal*, donde la velocidad en la acción se constituye como un criterio válido para discernir quiénes cobraran sus créditos, o quiénes lo harán en primer lugar. El autor resume la idea con la siguiente afirmación: *La par conditio nace con la quiebra y muere con ella*; debemos entender la referencia a la quiebra extrapolándola, en la medida de lo posible, al procedimiento concursal en general aunque en nuestro país ya no exista esta figura.

– La igualdad de trato a los acreedores puede, como principio concursal, entenderse de varias maneras diferentes:

- como fin del procedimiento, existiendo un interés del poder público, que actúa coactivamente para tutelar el derecho de los acreedores a la distribución igual y proporcional de la masa. De modo que coexisten los intereses crediticios con el interés público de que el proceso revierta en un reparto equitativo⁸⁴³;

- como efecto de la quiebra, haciéndose hincapié en que no si no existe derecho de satisfacción igualitaria antes de la apertura del procedimiento concursal, éste no es más que un efecto directo del mismo. El interés estatal o público está en la eliminación de empresas insolventes y ello es lo que lleva a la liquidación de empresas y la consiguiente satisfacción de los acreedores. Se reparte porque es necesario liquidar. En cualquier caso, se entiende que existe un interés público tras la *par conditio creditorum*⁸⁴⁴;

⁸⁴¹ Pueden sancionarse normas que lo reconozcan en mayor o menor medida, pero el contenido del principio de igualdad de los acreedores es una tendencia en el Derecho concursal que puede constatarse, e incluso aprenderse, de una publicación de hace más de treinta años.

⁸⁴² GARCÍA MARTÍNEZ, R., “Principios de Derecho concursal: la igualdad de los acreedores”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 1984, págs. 881-891.

⁸⁴³ CANDIAN, A., *Il processo di fallimento: programma di un corso*, Padova, CEDAM, 1934, pág. 40.

⁸⁴⁴ D’AVACK, C., *La natura giuridica del fallimento*, Padova, CEDAM, 1940, págs. 15 y ss.

- como un medio, encontrándose en esta postura la vía que podría acercar las dos posturas anteriores. La paridad es el método más racional y más justo para llevar a cabo la liquidación de una empresa insolvente cuya continuidad es a todas luces imposible. Desde esta concepción se mantienen todos los posibles intereses en juego, particulares y colectivos⁸⁴⁵.

- Se trata de un derecho que no puede entenderse de manera individual, por entrar en contradicción con la naturaleza de la ejecución colectiva. Además, van a darse situaciones que no pueden justificarse como destinatario del axioma a la masa en sí. El principio responde a un interés general, de orden público, que es el verdadero beneficiario del mismo. Dentro de él, se encuentran insertos tanto el interés colectivo de la masa como los distintos intereses particulares de los acreedores, pero si la aplicación del principio debe decantarse por un interés lo hace por el general, que es preponderante –aunque se desatiendan el interés colectivo o los intereses individuales–.

- La *par conditio creditorum* es un principio que modera el concurso en múltiples relaciones (deudor y acreedores; acreedores entre sí) prohibiendo el establecimiento de ventajas de unos sobre otros. También influye en la negociación concursal, en la que *actúa como principio protectorio del interés general*.

- El principio no implica en el reparto una proporción matemática exacta sobre las relaciones existentes con anterioridad al procedimiento⁸⁴⁶. Es más un criterio

⁸⁴⁵ APODACA Y OSUNA, F., *Presupuestos de la quiebra*, México D. F., Stylo, 1945, pág. 113.

⁸⁴⁶ En contra, además de las citas realizadas por el propio autor, destaca DÍAZ MORENO, A., “La masa pasiva. Los créditos concursales. Los créditos contra la masa”, *Derecho Mercantil. Derecho concursal* (coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. y DÍAZ MORENO, A.), Volumen 10º, Madrid, Marcial Pons, 2014, pág. 351; y ARROYO MARTÍNEZ, I. y MORRAL SOLDEVILA, R., “Consideraciones críticas sobre el acuerdo extrajudicial de pagos y las reformas de la Ley Concursal”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 1264 (abogan por la supresión de todo privilegio para llegar a una *par conditio pura*). Queda así patente la controversia existente en la doctrina, que no alcanza un acuerdo sobre el grado de proporcionalidad necesario en el sistema de reparto de la masa, para que éste respete la *par conditio creditorum*; o si la proporcionalidad es siquiera un elemento de dicho principio, o bien se debe entender, en el mismo sentido que expresa GARCÍA MARTÍNEZ, como un criterio orientador de la solución concursal, que no se traduce en reglas de proporcionalidad. En la misma línea argumentativa, y diferenciando la *par conditio* de la proporcionalidad existente en la distribución a prorrata dentro de algunas categorías de créditos, *vid.*, GARCÍA POMBO, A., *Comunicación*,

orientador en el momento del reparto del patrimonio concursado, que busca una distribución justa del mismo, operación en la que influyen numerosos factores.

– Finalmente, cabe señalar sobre el rango de este axioma que no se trata de un principio constitucional. No puede identificarse con el principio de igualdad ante la Ley dado que difieren en su origen y en sus efectos. Los principios constitucionales impulsan y obligan al legislador, a diferencia de los principios generales como la *par conditio creditorum*. Mientras que la actividad legislativa está obligatoriamente marcada por los preceptos constitucionales, pueden existir normas que violen principios generales dentro de una rama del Derecho. La diferencia por tanto, es que la Ley que incurre en la contravención de un principio constitucional debe ser invalidada, al contrario que si se trata de un principio general, cuya inobservancia puede ser perfectamente legítima.

Compartiendo esta idea de *par conditio* no absoluta y todopoderosa encontramos también la opinión de NIGRO, con una perspectiva amplia, comparada de los ordenamientos italiano y español, que en el grado de abstracción en que nos movemos resulta fundamental⁸⁴⁷: *se tiende a menudo, conscientemente o no, a exhibir el principio de la par conditio creditorum como finalidad de los procedimientos concursales o, en cualquier caso, como una suerte de dogma vinculante incluso para el legislador. Es cierto que la norma de la paridad de condición y de tratamiento de los acreedores constituye en todos los ordenamientos una de las reglas en torno a las cuales gira la entera disciplina del concurso y, además, presenta un canon fundamental de reconstrucción, interpretación y aplicación de la disciplina. Pero no se trata de un principio absoluto e inderogable, sino, más bien, de una simple norma técnica de organización del concurso, que tiene poco o nada que ver con ideas abstractas de equidad, de igualdad y de justicia y que es, a fin de cuentas, el fruto de una opción del legislador, el cual puede, por tanto, tranquilamente, para casos o perfiles singulares, establecer su no operatividad.* La extensa cita no hace sino refrendar la tesis de un principio caracterizado por su valor meramente técnico u organizativo de cara al reparto de las pérdidas inherentes a la condición de acreedor concursal.

reconocimiento... *op. cit.*, pág. 25; VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios concursales*, Granada, Comares, 2006, pág. 61.

⁸⁴⁷ NIGRO, A., “Los problemas fundamentales...” *op. cit.*, págs. 347-348.

En este sentido, pero otorgando al principio la categoría de modelo o paradigma de Justicia concursal, lo considera PEINADO GRACIA⁸⁴⁸. Su análisis aporta un elemento nuevo al concepto de igualdad de trato de los acreedores concursales: la cooperación entre éstos no va a surgir de manera automática; de modo que a pesar de que el comportamiento cooperativo entre acreedores sea una forma contrastada de optimizar el patrimonio concursado, no cabe esperar este tipo de comportamiento en el seno de un procedimiento de ejecución colectiva, ya que la razón individual se impone en función de factores como el miedo a sufrir una pérdida mayor. Así, resulta necesaria la actividad del legislador para promocionar estos comportamientos cooperativos. Considerando que por acción del sistema concursal y en virtud del principio de integración del artículo 49 LCon se produce una *comunidad de intereses*⁸⁴⁹, ésta supone el soporte sobre el que el ordenamiento puede establecer incentivos o mandatos en materia de cooperación entre los acreedores. Siguiendo esa clasificación de paradigmas de Justicia concursal, citamos cuatro modelos, que se mueven en el terreno de las posibles soluciones justas al Derecho de la insolvencia⁸⁵⁰:

– El primero de ellos se corresponde con la *par conditio creditorum*, identificándola con el sometimiento de todos los acreedores a la “ley del dividendo”. Se parte de una concepción en que todos los acreedores fundan su derecho en una garantía. Esta garantía no es otra que el patrimonio del concursado, que según las reglas comunes puede ser agredido para la satisfacción de los créditos considerados individualmente.

– El segundo tiende a premiar al acreedor que ha llevado a cabo una labor más intensa de vigilancia sobre la esfera patrimonial del concursado, entendiéndose que éste debería obtener mayor satisfacción que quien no se ha preocupado de la suerte del insolvente. El sistema cuenta con algunas disfunciones como la falta de cooperación –lo

⁸⁴⁸ PEINADO GRACIA, J. I., “Cooperación y pillaje en el concurso”, *Estudios de Derecho concursal* (dirigido por PEINADO GRACIA, J. I., y VALENZUELA GARACH, F. J.), Madrid, Marcial Pons, 2006, pág. 18.

⁸⁴⁹ BELTRÁN, E., “Integración de la masa pasiva (art. 49)”, *Comentario de la Ley Concursal* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Tomo I, Madrid, Civitas, 2004, pág. 991.

⁸⁵⁰ PEINADO GRACIA, J. I., “Cooperación y pillaje...” *op. cit.*, págs. 19 y ss. Habla el autor de soluciones que pueden consistir bien en dar eficacia ante la insolvencia a las garantías *erga omnes* existentes anteriormente; o bien crear un orden nuevo surgido con motivo de la insolvencia.

que redundaría en un mayor “pillaje” en la terminología que usa el autor– y el previsible “sobresfuerzo” de los acreedores.

– En tercer lugar está el sistema que confía en la autonomía de las partes para determinar el orden de prelación en el pago. En este sentido no se reconocerían más privilegios que los exclusivamente contractuales.

– Finalmente, el modelo que considera como mejor Justicia concursal aquélla que ordena los acreedores a la hora del cobro de sus créditos atendiendo a la cuestión temporal. La satisfacción de créditos se basa en el orden temporal en que éstos se generaron. Aquí se entiende que la garantía descrita por el primer modelo (el patrimonio del deudor) se encuentra en cada momento minorada por las obligaciones asumidas con anterioridad por el deudor, con los riesgos que ello supondría para la financiación de éste.

Se ha hecho una referencia somera a los cuatro modelos, aunque nuestro objeto de estudio se centre inicialmente en el primero de ellos. Un análisis integrado de todos arroja una importante verdad en materia de reparto de las pérdidas entre el consorcio de acreedores: cualquier elección del legislador al respecto es una mera cuestión de política legislativa. Manteniendo la cita anterior⁸⁵¹, se revela como estéril el esfuerzo por enjuiciar con criterios de Justicia la norma concursal en este punto. Predicándose la satisfacción de los acreedores como la finalidad principal del concurso, el análisis de la redistribución de factores productivos al menor coste posible debe centrarse en dos cuestiones: la eficiencia, de modo que los costes sean reducidos al mínimo; y el problema de la prelación en el pago de los créditos, que determinará quién soporta dichos costes y en qué medida⁸⁵². Dado el carácter y la naturaleza no cooperativa de los acreedores, la norma concursal cumple la función de maximizar el valor del patrimonio concursado, ya que la ejecución colectiva y ordenada de los bienes va a optimizar el rendimiento económico que pueda resultar de estas operaciones. El sistema concursal actúa en consecuencia como una red que no deja proliferar ese “pillaje”, para establecer unas reglas que incrementan el valor de la masa.

⁸⁵¹ *Ibidem*.

⁸⁵² Siendo, en opinión del autor, esta segunda vertiente más atendida por las normas concursales en general.

Tras el análisis del estado de la cuestión corresponde, antes de seguir analizando el axioma, dar una definición del principio *par conditio creditorum*. En nuestra opinión se podría sintetizar el concepto así: principio exclusivamente concursal, que se revela en normas o criterios de interpretación tendentes a garantizar fórmulas de reparto de la masa guiadas por la idea de igualdad entre los acreedores concurrentes, como medio más aceptable de distribución de pérdidas entre la masa pasiva, respondiendo así a los intereses particulares, colectivos y generales presentes en el procedimiento, en una suerte de cooperación obligatoria que preside la solución al concurso.

3. El privilegio como excepción

La configuración del principio de igualdad de trato de los acreedores en el concurso determina de manera incompleta la realidad de la distribución de bienes en sede concursal. Tratándose del principio general que muchas legislaciones han tomado – o dicho tomar– como opción más justa, no es el único elemento que va a influir en la solución del concurso. Se incorporan normalmente, además del principio *par conditio creditorum*, una serie de circunstancias que ya adelantamos comportan excepciones a la igualdad de los acreedores⁸⁵³, y que van introducir un importante nivel de distorsión de cara al análisis del axioma.

La protección del crédito cuenta con diferentes mecanismos que funcionan no solo en el ámbito concursal, sino también fuera de éste. En este sentido, el establecimiento de preferencias en el orden de prelación concursal viene a suponer un importante instrumento, que se va a manifestar en uno de los momentos en que es más necesario, ante la insolvencia del deudor. Las preferencias, que benefician o aventajan a unos acreedores sobre otros en el procedimiento concursal, reciben el nombre de privilegios y tienen un perfil absolutamente institucionalizado. No obstante, no

⁸⁵³ Resulta interesante la postura de LAZO GONZÁLEZ, que entiende el nacimiento del principio *par conditio creditorum* como un efecto reflejo de la desaparición del privilegio –*ius deductionis*– del dueño sobre las mercancías que maneja el esclavo (ya hemos explicado el concepto de peculio en este estudio), por conocer aquél con todo detalle los negocios de éste. La relevancia dogmática y el estudio del concepto se asocian a la desaparición de dicho privilegio, respondiendo la *par conditio* al intento de instaurar un orden igualitario natural, que habría operado en defecto de la preferencia a favor del dueño. Su aparición por tanto es posterior al privilegio o, si se quiere, una reacción a éste. LAZO GONZÁLEZ, P., “El contexto dogmático...” *op. cit.* págs. 90 y ss.

conviene caer en el recurrente error de considerarlos una pieza más del ordenamiento concursal sin preguntarnos por su significado. El privilegio es sin duda una excepción al principio de la *par conditio creditorum* por cuanto interrumpe las reglas o interpretaciones preceptivas para el establecimiento de igualdad entre los acreedores⁸⁵⁴. Los privilegios responden en algunas ocasiones a mecanismos de protección del crédito que preexisten al proceso concursal, como pueden ser las garantías reales⁸⁵⁵; y en otros casos responden a criterios puramente concursales, consecuencia del juicio del legislador acerca de los conceptos que deben promocionar en el orden de prelación. Siendo más exactos, en Derecho concursal y más concretamente en el estudio de la calificación crediticia, van a mezclarse diferentes orígenes o razones en el establecimiento de preferencias, aunque todos responden realmente al criterio del legislador⁸⁵⁶, que tiene el monopolio para tasar las causas de preferencia.

El estudio de la prelación concursal requiere la capacidad de distinguir dos conceptos que se corre el riesgo de confundir: privilegio y garantía. Señala DÍAZ MORENO: *los privilegios son exponentes de la intervención del legislador en la economía mientras que las garantías constituyen mecanismos puestos a disposición de los particulares para que ellos generen sus propias preferencias*⁸⁵⁷. Efectivamente, existe un origen negocial en la preferencia concursal basada en una garantía, por ejemplo real; no obstante, el privilegio especial no deja de ser privilegio y de ser preferente por su reconocimiento legal, por más que encuentre su *ratio* inicial en el pacto entre deudor y acreedor. En virtud de la autonomía privada se suscriben determinados mecanismos de garantía del crédito, sin embargo, su traslación al ámbito concursal es una cuestión que depende exclusivamente de la inclusión de éstos en la lista de motivos que justifican el tratamiento preferencial, o lo que es lo mismo, su consideración como privilegio concursal. En nuestra opinión el privilegio siempre es de

⁸⁵⁴ A pesar de la tolerancia de la doctrina para encajar los privilegios y la igualdad de los acreedores, algunos autores señalan con acierto que aquél supone la ruptura de la *par conditio*: VEIGA COPO, A. B., “Par conditio: privilegio, proporcionalidad e igualdad”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 1650.

⁸⁵⁵ DÍEZ SOTO, C. M., *Concurrencia...* *op. cit.*, pág. 14.

⁸⁵⁶ En sentido similar, GARRIDO, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, Civitas, 2000, pág. 58.

⁸⁵⁷ DÍAZ MORENO, A., “La masa pasiva...” *op. cit.*, pág. 353.

naturaleza legal, y nunca depende de la voluntad de las partes. Ello no obsta para que en el tráfico, conociendo los conceptos que producen un privilegio en sede concursal, se acuda en masa a los mecanismos que mejor protección puedan otorgar al crédito, incluso en caso de insolvencia.

El artículo 89.2 impide que opere ningún privilegio que no esté recogido en la propia LCon⁸⁵⁸. Se debe respetar por tanto en materia de privilegios una reserva de Ley “concreta”, que implica de un lado la necesidad de modificar una norma de rango legal para establecer un nuevo privilegio; y de otro, la obligación de tasar las preferencias existentes en el orden de prelación de pagos en la Ley Concursal y no en otras leyes, aunque éstas que puedan contener otras normas de carácter concursal, en una condición que el Tribunal Supremo ha denominado *principio de tipicidad*⁸⁵⁹. La justificación es que la graduación de los créditos resulta tan fundamental que requiere seguridad jurídica.

Con un origen o con otro, la proliferación de privilegios concursales puede desvirtuar la igualdad de los acreedores. De hecho, se trataba de una queja habitual en el Derecho previgente, tratándose el anterior a la Ley Concursal de 2003 de un sistema muy dado al establecimiento de preferencias crediticias. Se dijo incluso que la *par conditio creditorum* se había convertido en un regla vacía de contenido en la práctica

⁸⁵⁸ Artículo 89.2 LCon: “Los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor. No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”.

⁸⁵⁹ Comentando el intento de eliminar la referencia a la LCon como única norma que pudiera albergar privilegios concursales –Enmienda nº 27 del Grupo Parlamentario Mixto, *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 101-15, 2 de diciembre de 2002–, cuando el contenido de esta regla se situaba aun en el Proyecto de Ley Concursal en su artículo 88, señala el Tribunal Supremo sobre dicha enmienda: *Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal. Dicho precepto supone una cláusula de cierre del sistema de preferencias y privilegios, que están sujetos al principio de tipicidad. Sólo ella, la Ley Concursal, sanciona enérgicamente, con carácter de numerus clausus, los privilegios y preferencias, como excepciones a la igualdad de acreedores sometidos a la ley del dividendo. Vid., Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 322/2013, de 21 mayo (RJ 2013/4956), FD 3º. Es jurisprudencia reiterada la interpretación recta de esta norma: SSTS: (Sala de lo Civil, Pleno) 1231/2009, de 21 de enero (RJ 2009/398), FD 3º; y (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 492/2009, de 22 de junio (RJ 2009/5105), FD 2º y 3º. Reconociendo la absoluta tipicidad de los privilegios concursales: VEIGA COPO, A. B., “Par conditio...” *op. cit.*, pág. 1652.*

concurzal, al provocar la proximidad de la insolvencia del deudor común el “miedo” en los acreedores, y el intento de todos ellos de buscar y suscribir mecanismos de protección del crédito que subsistieran tras la apertura del procedimiento en forma de privilegio o preferencia en el orden de prelación⁸⁶⁰. PÉREZ PÉREZ realiza en este contexto histórico su conceptualización del privilegio, atendiendo tanto a las principales legislaciones europeas de la época (Italia y Francia) como a la doctrina – mayoritariamente civilista– española (DE BUEN, GULLÓN, GARCÍA DE HARO y OLIVENCIA), que hasta el momento había desarrollado con mayor profundidad la cuestión. Las conclusiones de su análisis arrojan diferentes modos de entender el privilegio concurzal. Dentro de la tradición española, el privilegio se ha desarrollado como una excepción al principio que estamos estudiando y no como una excepción a una norma concreta, ante la indefinición legal –indefinición que llega a nuestros días– del término “privilegio”. En nuestro país, esta circunstancia ha marcado el estudio del privilegio, que se ha caracterizado como una cualidad del crédito⁸⁶¹, la de ser tratado con preferencia en el pago del mismo. Para justificar dicha cualidad se ha acudido: en primer lugar, al carácter excepcional de la preferencia, ya reconozca un mecanismo de protección del crédito previo (como una hipoteca, pero diferenciando siempre el negocio jurídico del privilegio *ex lege* en sede concurzal) o dicha configuración sea puramente concurzal; y en segundo lugar, a la causa o *ratio* que lleva al legislador a privilegiar dicha relación jurídica, a la que se reconoce una función económico-social merecedora de tal trato. En cambio, los ordenamientos extranjeros aludidos (francés e italiano) venían definiendo legalmente el concepto como un derecho de prelación en sus respectivas legislaciones^{862, 863}.

⁸⁶⁰ PÉREZ PÉREZ, M., “Concepto, naturaleza...” *op. cit.*, pág. 486.

⁸⁶¹ También en este sentido, pero destacando el marcado carácter accesorio del privilegio con respecto al crédito, *vid.*, DÍEZ SOTO, C. M., *Concurrencia...* *op. cit.*, págs. 29-32. Repasa el autor las diferentes concepciones –como cualidad o como derecho– del privilegio. No obstante, mantiene en todo momento como elemento básico del concepto la accesoriedad y en cierta medida la autonomía del privilegio, señalando los posibles contextos en que la atribución de un privilegio puede venir dado por factores externos al crédito, o bien la supervivencia de aquél pueda no ir ligada al elemento principal. A pesar de ello, no deja de ser el privilegio una cualidad atacada al crédito, de manera que la transmisión de éste se entiende comprensiva también del privilegio, en los términos que establece el Derecho común –que califica el privilegio como derecho accesorio– (artículo 1528 CC).

⁸⁶² *Ibidem*.

Lógicamente, la excepción reiterada a un principio ordenador del sistema concursal supone aumentar el grado de incoherencia del mismo. En otras palabras: el privilegio destruye la *par conditio creditorum*, al menos parcialmente, en el ámbito en que impone la preferencia de unos sobre otros como regla de prelación. Así, la reiteración en el uso de esta figura puede tener como efecto agregado el desmantelamiento, por vía de excepciones, del principio de igualdad de trato a los acreedores. La doctrina reciente ha vuelto a calificar la cuestión como la *pedra de toque* del sistema concursal, reconociendo los importantes problemas que pueden derivar de la proliferación de privilegios⁸⁶⁴. Sin embargo, aunque se considere que la graduación de créditos y la existencia de privilegios no convive pacíficamente con la *par conditio creditorum*, se suele justificar la existencia de aquéllos por exigencias del mercado y la especial protección que merecen algunos acreedores. En concreto, se alude a la posible atrofia del sistema financiero en ausencia de estos privilegios, lo que dificultaría sobremanera la posibilidad de obtención de créditos para cubrir algunas de las necesidades más básicas, por ejemplo la vivienda, donde el crédito hipotecario juega un papel fundamental⁸⁶⁵. Como muestra, VEIGA COPO⁸⁶⁶ recoge la idea ya expresada de una *par conditio* no reconocida como derecho subjetivo, para señalar que si bien los privilegios rompen el tratamiento igualitario de los acreedores concursales por parte del

⁸⁶³ Se citan en concreto los artículos: 1952 del Código Civil italiano de 1865 –Codice Civile del Regno d’Italia, Regio Decreto 25 giugno 1865, n. 2358– (“Il privilegio è un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa del crédito”); 2745 del Código Civil italiano –aprobado por el Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262– (“Il privilegio è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito. La costituzione del privilegio può tuttavia dalla legge essere subordinata alla convenzione delle parti; può anche essere subordinata a particolari forme di pubblicità”); y el texto original del artículo 2095 del Código Civil Francés –promulgado el 21 de marzo de 1804; 30 ventôse an XII–. (“Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d’être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires”).

⁸⁶⁴ Haciendo referencia a algunas cuestiones concretas y con especial interés en el privilegio de los créditos de titularidad pública: ROJO, A., “La reforma del Derecho concursal español”, *La reforma de la legislación concursal* (dirigido por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003, págs. 124 y ss. La primera vez que se utiliza dicha expresión es en: BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, pág. 26.

⁸⁶⁵ Señalando las disfunciones tanto de la falta de igualdad en el trato a los acreedores concursales, como las derivadas del exceso de ella, GARCÍA POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento... op. cit.*, pág. 25. También, calificando como un *lobo con piel de cordero* a este principio, VILLORIA RIVERA, I., “El mito de la *par conditio creditorum*”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 9, 2008, pág. 319.

⁸⁶⁶ VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios... op. cit.*, pág. 19.

ordenamiento, se trata de un principio que admite o es compatible con el trato diferenciado y preferencial que se dispensa a algunos operadores del concurso. En este sentido, se está situando la *par conditio creditorum* en el plano de lo ideal, entendiendo que una visión purista del principio, que lo llevara a sus últimas consecuencias, podría no corresponderse con un criterio válido de Justicia, ya que no se valoraría el esfuerzo, habilidad, análisis, prudencia, etc., del acreedor que ha garantizado su posición⁸⁶⁷. De modo que existen también posiciones doctrinales que consideran la igualdad de trato a los acreedores como un sistema proporcional matizado o atemperado necesariamente por el recurso al privilegio, que se dibuja como la excepción a dicho sistema de reparto de los bienes pertenecientes al patrimonio del concursado.

Resumiendo las notas que hemos apuntado en relación al concepto de privilegio, podemos enumerar algunos de sus caracteres fundamentales:

– Es un concepto de naturaleza concursal que responde a la necesidad de proteger determinados créditos en base a su causa o a las condiciones de sus titulares.

– Se trata de una cualidad accesoria del crédito. Su autonomía es limitada en tanto que la transmisión del crédito implica la transmisión del privilegio, aunque éste puede en ocasiones desaparecer o limitarse independientemente de la suerte del crédito.

– Se traduce en una posición de preferencia o ventaja del titular con respecto al resto de acreedores en el orden de prelación de pagos.

– El privilegio es una figura de creación y reconocimiento legal. Aunque en ocasiones consista en el mantenimiento de la vigencia de un mecanismo de protección del crédito consistente en una garantía pactada por las partes previamente al concurso, el carácter de privilegio en sede concursal solo puede venir otorgado por Ley⁸⁶⁸.

– La interpretación de estas preferencias debe realizarse de manera estricta. El riesgo que supone la proliferación de privilegios y consecuente destrucción de la *par*

⁸⁶⁷ *Vid. Supra*, pág. 14.

⁸⁶⁸ Sobre esta nota, que implica que la constitución del privilegio *está sustraída a la convención de las partes*, y la relación con garantías negociadas tanto en nuestro ordenamiento como en el Derecho comparado, *vid.* PÉREZ PÉREZ, M., “Concepto, naturaleza...” *op. cit.*, págs. 489-490.

conditio creditorum aconsejan la exégesis no extensiva de los privilegios reconocidos por Ley⁸⁶⁹.

4. Clasificación de créditos en la LCon

La Ley Concursal, sobre la base de la referencia a la igualdad de trato de los acreedores en su Exposición de Motivos⁸⁷⁰, establece una clasificación de créditos que debe analizarse no solo para comprender cada elemento de dicha clasificación, sino también para dilucidar si ésta respeta la *par conditio creditorum*.

4.1. Crédito contra la masa y crédito concursal

El crédito contra la masa es un concepto relativamente reciente, o al menos no tan antiguo como la propia disciplina concursal, si somos coherentes con nuestra idea de situar el inicio de esta rama en el Derecho romano. Para BELTRÁN se gesta contemporáneamente a la institución comercial de la quiebra, en el Derecho estatutario italiano, identificando una pluralidad de supuestos que serían subsumibles en dicha calificación⁸⁷¹. A pesar de ello, es claro que su desarrollo tal y como hoy lo conocemos tiene lugar más adelante, con el progreso de la técnica concursal y en concreto en Alemania durante el siglo XVII, sin llegar a España a través de los Códigos de Comercio, sino que los conceptos que a la postre vienen a definir los créditos contra la masa comienzan a diferenciarse en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁸⁷². No dudándose dicho extremo, como es la clara aportación de la tradición alemana al

⁸⁶⁹ Por todos, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., “Los créditos con privilegio”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 650.

⁸⁷⁰ En contra del *immerecido tributo* de la Exposición de Motivos a un principio que no se confirma en nuestra Ley Concursal, VILLORIA RIVERA, I., “El mito...” *op. cit.*, págs. 320 y ss.

⁸⁷¹ BELTRÁN, E., *Las deudas...* *op. cit.*, pág. 27. Desde su óptica marcada por la quiebra comercial como institución objeto de análisis, sostiene de manera aparentemente contradictoria a nuestra tesis: *tanto supuestos como la disciplina de las deudas de la masa se encuentran desde los orígenes de la institución concursal. Las deudas de la masa, concebidas como el conjunto de gastos y obligaciones que surgen como consecuencia de la quiebra y caracterizadas por su satisfacción prioritaria y al margen del concurso de acreedores, nacen con la propia quiebra.* La contradicción es solo aparente, pues no mantenemos que las deudas de la masa no nacieran con la quiebra, sino que situamos el inicio de la institución concursal mucho antes, en el Derecho romano.

⁸⁷² CABALLERO GARCÍA, F., *Los créditos contra la masa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 19.

concepto de crédito contra la masa, ni la línea temporal seguida por el concepto de crédito contra la masa (desde sus primeras manifestaciones en el Derecho estatutario italiano hasta su conceptualización moderna), algunos autores hacen notar que el *germen de la teoría de las deudas de la masa* podía encontrarse en la ya comentada obra del español SALGADO DE SOMOZA⁸⁷³. Ésta serviría para que años después se sintetizaran en Alemania las características principales y la naturaleza de estos créditos contra la masa, suponiendo otro de los hitos fundamentales en la historia de la institución.

En la actualidad, el primer problema será la división crédito contra la masa – crédito concursal, que ha sido muy tratada por la doctrina. Normalmente, se ha impuesto una interpretación indulgente de la norma, intentándose encajar la realidad fáctica a aquélla que presenta la LCon, a pesar de las incoherencias normativas existentes. Por tanto, entendemos que sobre esta cuestión podemos dar una visión legal o institucional; pero también una interpretación rupturista, más real en nuestra opinión, aunque no haya tenido hasta ahora suficiente predicamento en la doctrina.

a) La versión legal

Pueden definirse como *aquellos gastos o créditos generados tras la declaración de concurso y vinculados, en mayor o menor medida, a la solicitud del concurso, a la tramitación o a la continuidad de la actividad del deudor*⁸⁷⁴. Sin embargo, esta definición parte ya de la experiencia actual y ampliación del concepto, que nació fuertemente ligado al coste del procedimiento concursal. Con independencia de ese dato, hay que tratar de encontrar la justificación a esta diferenciación crediticia para entender qué es lo que se pretende con los créditos contra la masa. Algunos autores se ocupan de la cuestión señalando que estos créditos responden a obligaciones contraídas con posterioridad a la declaración de concurso⁸⁷⁵ –aunque los nuevos perfiles del Derecho concursal han hecho matizar esta circunstancia–. Se suele distinguir también

⁸⁷³ BELTRÁN, E., *Las deudas... op. cit.*, págs. 28 y ss.

⁸⁷⁴ CERVERA MARTÍNEZ, M., “Los créditos contra la masa”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 615.

⁸⁷⁵ Por todos, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción... op. cit.*, pág. 2120.

el crédito contra la masa notando que se trata de los créditos que produce el concurso, por oposición a los créditos concursales, que son aquellos que han provocado la apertura del proceso de ejecución universal.

En relación a estos créditos, el sistema concursal establece un trato especial que DÍAZ MORENO⁸⁷⁶ justifica con lo que califica como *consideraciones de orden funcional*: la necesidad de satisfacer prioritariamente los gastos generados por el concurso y las nuevas obligaciones responden a una conducta que trata de no comprometer el desarrollo del procedimiento. Al contrario –prosigue el autor–, sería demasiado inocente pensar que habría terceros interesados en mantener nuevas relaciones de tipo contractual con el deudor, en razón a que éstas deberían concurrir en una comunidad de pérdidas donde lo que existe es precisamente incertidumbre en el cobro de los créditos. Sin poder realizarse una revisión exhaustiva de su régimen jurídico porque excedería el objeto de este estudio⁸⁷⁷, los créditos contra masa tienen unas condiciones especiales relativas sobre todo a la tramitación y el pago de éstos⁸⁷⁸, que en la doctrina han sido justificadas atendiendo a su extraconcursalidad⁸⁷⁹. Recogemos a continuación los rasgos más importantes de esta categoría crediticia.

Para comenzar, el régimen de comunicación y reconocimiento que se ha explicado no se va a dar en todos los casos, siendo los créditos contra la masa el ejemplo de las deudas que, escapando de su integración en la masa pasiva, se desligan también de tales requisitos formales⁸⁸⁰. Estos acreedores van a quedar fuera de ese consorcio de interesados en el patrimonio del concursado que es la masa pasiva. La Ley 22/2003 podría haber sido más clara en lo relativo a la excepción de los créditos contra la masa en el régimen de comunicación y reconocimiento de créditos, sin embargo, no

⁸⁷⁶ DÍAZ MORENO, A., “La masa pasiva...” *op. cit.*, pág. 340.

⁸⁷⁷ Para ver una relación completa de estas especialidades, *Vid. Supra*, págs. 346 y ss.

⁸⁷⁸ La norma concursal explica tales extremos desde su Exposición de Motivos (VII), en la que se anuncia su carácter preferente y prededucible.

⁸⁷⁹ ALONSO LEDESMA, C., “Créditos contra la masa y créditos concursales: comunicación y reconocimiento de créditos”, *El concurso de acreedores* (dirigido por PULGAR EZQUERRA, J.), Madrid, La Ley, 2012, pág. 347.

⁸⁸⁰ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los efectos...* *op. cit.* pág. 61.

se duda la intención del legislador de establecer esta categoría, segregando las deudas así calificadas del resto de créditos⁸⁸¹.

Las diferencias entre el crédito contra la masa y el crédito concursal (aquel que se integra en la masa pasiva) son fundamentales. Los primeros tienen la consideración de prededucibles, en el sentido de que han de ser satisfechos con cargo a la masa activa del concurso con carácter previo al pago de los restantes créditos (concursoales)⁸⁸². Dada esta característica de absoluta –en principio– prelación a la hora del cobro, debemos replicar aquí el contenido del artículo 84.2 LCon, que recoge qué deudas serán calificadas de esta forma, para conocer los conceptos a los que se está haciendo referencia:

1º. Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2º. Las costas y gastos judiciales necesarios para la correcta tramitación del procedimiento y sus incidentes.

3º. Las costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en la Ley.

4º. Los créditos por alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en la LCon; así como los alimentos a cargo del concursado acordados por el Juez de Primera Instancia en alguno de los procesos a que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁸⁸¹ *El hecho de que los créditos contra la masa no deban ser comunicados, sino reclamados a la administración concursal, no se contradice con el hecho de que deban ser relacionados en una lista por la propia administración concursal (normalmente como documento anexo a la lista de acreedores que acompaña a su informe).* MEANA PASCUAL, D., “La comunicación tardía de créditos en el concurso de acreedores”, *Noticias jurídicas. Artículos Doctrinales: Derecho Mercantil*, noviembre de 2011.

⁸⁸² TATO PLAZA, A., “Reconocimiento y graduación de créditos en la nueva ley concursal”, *Revista Xurídica Galega*, Nº 40, 2003, págs. 39-40.

5°. Las deudas generadas por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral.

6°. Los créditos que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.

7°. Los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, en los de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta Ley, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado.

8°. Las deudas que derivando de la rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por éste, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el titular de este crédito.

9°. Las cantidades que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención.

10°. Los créditos por de obligaciones nacidas de la Ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso.

11°. El cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación. En caso de liquidación, los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio (no se aplica a ingresos realizados por el propio deudor o personas relacionadas a través de operaciones como préstamos o aumentos de capital).

12°. Cualesquiera otros créditos a los que la Ley atribuya expresamente tal consideración.

Esta enumeración que hace la Ley Concursal se vale del sistema de *numerus apertus*, de manera que los créditos contra la masa no aparecen obligatoriamente en el artículo 84.2 LCon, sino que pueden estar desperdigados por todo el texto.

Ahora bien, aunque conozcamos los conceptos que integran la categoría y sus principales características, para conocer la realidad del crédito contra la masa debemos acudir a la doctrina más autorizada y que ha seguido la evolución de la disciplina en el tiempo. Algunos autores iniciaron el estudio del mismo mucho antes de la promulgación de la LCon, esto es, en el complicado sistema concursal previgente. Nos referimos principalmente al Profesor BELTRÁN, que analizó con profundidad el concepto en diferentes contextos normativos, mereciendo su obra especial referencia en este punto.

Así, comenzó definiendo las “deudas de la masa” como una compleja gama de gastos y obligaciones que genera el procedimiento concursal, diferenciando en dicho contexto una serie de gastos directamente vinculados al proceso, de diversas obligaciones que se contraen para la gestión del patrimonio del deudor⁸⁸³ (recogía la idea ya expresada de una categoría de créditos que se genera cuando se ha iniciado el proceso de ejecución universal). Por tanto, el crédito contra la masa o, en la terminología del autor, las deudas de la masa, están ligadas a la idea de concursabilidad. Identifica BELTRÁN desde entonces, importando la idea del Derecho comparado, una doble tipología dentro de las deudas de la masa: gastos de la masa y obligaciones de la masa. Cuando aun no se había promulgado la LCon⁸⁸⁴, definía los primeros como *aquellos gastos del procedimiento concursal que deben ser satisfechos, en prededucción, con el patrimonio del deudor común: los gastos necesarios, es decir, que redunden en el interés del concurso, y que sean realizados con las autorizaciones pertinentes*; mientras que con la segunda tipología se hace referencia a la facultad del órgano de administración o del deudor –con la aquiescencia de éste– para obligar el

⁸⁸³ BELTRÁN, E., *Las deudas... op. cit.*, pág. 122: *En la quiebra (o en función de ella) se realizan actos procesales, que generan gastos de la masa –gastos del proceso de quiebra–, y actos negociales o sustantivos, que darán lugar a obligaciones de la masa (nuevas obligaciones, imputables al quebrado, surgidas durante el procedimiento)*. Sobre los requisitos temporales, subjetivos y teleológicos para constatar la existencia de un crédito prededucible, *vid.*, págs. 124-129.

⁸⁸⁴ BELTRÁN, E., “Las deudas de la masa”, *Preferencia de créditos* (Manuales de formación continuada, nº 2), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, págs. 213-216.

patrimonio concursado con la suscripción de nuevos contratos u otros negocios jurídicos, o bien continuando los que hubieren sido suscritos con anterioridad.

Ya con ocasión de la Ley Concursal de 2003, distinguía BELTRÁN la figura que venía estudiando, encontrando diferencias críticas con los créditos concursales: *Hasta tal punto es clara la distinción que, mientras lo relativo a la determinación de la masa pasiva del concurso y a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos concursales integra la sección cuarta del juicio de concurso (art. 183-4.º), los créditos contra la masa -“las deudas de la masa”- integran la sección tercera (art. 183-3.º in fine)*⁸⁸⁵.

Finalmente, queremos destacar un estudio más⁸⁸⁶, en el que el autor discurre sobre el problema de la justificación de los créditos contra la masa, pudiendo inferirse de su acertado análisis cuatro interesantes conclusiones que vienen a resumir algunas de sus ideas principales, pero también ponen de relieve algunas grietas que van a servir de sustento a la posición que desarrollamos en el epígrafe siguiente:

– Los créditos contra la masa se conciben como el coste del concurso, se trata de deudas que adquiere el deudor (y no la masa activa que no tiene esa capacidad) como consecuencia del procedimiento concursal, o tras la declaración de éste. Así las cosas, se entiende que en la enumeración anterior entren las costas judiciales y créditos similares. En ellos se manifiestan los costes del procedimiento, o aquellos que son fruto de obligaciones nacidas durante éste. En definitiva, se pueden entender como créditos que han nacido tras la declaración de concurso; a diferencia de los concursales, que son los que lo han provocado.

– En segundo lugar, la justificación a esta prioridad de los créditos contra la masa, pasa porque es necesario otorgar cierta seguridad a las obligaciones que surgen con posterioridad a la declaración de concurso ya que de otro modo sería imposible encontrar un tercero que concediera financiación al concursado. Por tanto, debemos

⁸⁸⁵ BELTRÁN, E., “Créditos concursales y créditos contra la masa”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 59, 2004, pág. 443.

⁸⁸⁶ BELTRÁN, E., “La prioridad de los créditos contra la masa”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 3611 y ss.

atender a la función de estos créditos y a su naturaleza extraconcursal para entender su prioridad en el cobro.

– En tercer lugar, la configuración de los créditos contra la masa en los términos aquí expuestos, esto es, como aquellos gastos propios del concurso y obligaciones surgidas tras el mismo, está en crisis. Ambos requisitos, el teleológico (costes necesarios para hacer posible el procedimiento) y el temporal (obligaciones posteriores a la declaración), que se exigen en principio a los créditos contra la masa, se han visto vilipendiados por el legislador. Esta tesis encuentra su razón de ser en la inclusión de conceptos en el artículo 84.2 LCon como “los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso”. En este caso se ha utilizado el crédito contra la masa como una suerte de superprivilegio, desdibujando la figura inicial, que no se circunscribía a cuestiones de prelación en el pago de las deudas sino a un criterio de pura extraconcursalidad.

– Por último, los titulares de créditos contra la masa guardan cierta tensión entre sí y no solo con respecto a los acreedores concursales (obvia por la preeducibilidad de los primeros). Esta tensión se manifiesta en los casos en que la masa activa no es suficiente para hacer frente a los créditos contra la masa (fracaso absoluto del procedimiento, que no es capaz de hacer frente a su propio coste). Aquí resultan aplicables las reglas del artículo 84.3 LCon, siendo el criterio general para llevar a cabo el pago de los créditos contra la masa, el de sus “respectivos vencimientos”⁸⁸⁷. Los acreedores contra la masa insatisfechos, una vez concluido el concurso tienen diferentes opciones, como exigir responsabilidad a la administración concursal por desatender el pago de sus créditos en preedución (o asumirlos conociendo la insuficiencia de la masa activa para hacerles frente); repetir contra los acreedores concursales por créditos satisfechos indebidamente; o actuar contra el deudor ejercitando su derecho. Este último no prescribe con la finalización del procedimiento, pero pierde la prioridad ya que el mecanismo de preeducibilidad es propio de la institución concursal y sí termina con el fin del proceso.

⁸⁸⁷ No obstante, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el Juez del concurso por los trámites del incidente concursal.

b) La versión rupturista

La lógica de la LCon los explica como créditos no integrados en la masa pasiva, y por tanto excepcionales, gozando además de prededucibilidad. Pero dentro de esa visión clásica, legal e institucional, hemos visto cómo su máximo exponente, el Profesor BELTRÁN, señalaba la crisis actual del concepto por el uso abusivo del mismo. De hecho, en la misma doctrina que nos proporciona la definición clásica del crédito contra la masa podemos también encontrar algunas cautelas con respecto al desarrollo actual de la categoría. Así, la inclusión de deudas dentro de los créditos contra la masa requiere una interpretación restrictiva para mantener la excepcionalidad de éstos⁸⁸⁸; pero no solo eso, sino que en un sentido similar a la inquietud mostrada por BELTRÁN, otros autores vienen denunciando que la radical diferencia entre los créditos concursales y la categoría que estamos estudiando se ha visto alterada con la inclusión de créditos que no responden a las justificaciones tradicionales del crédito contra la masa⁸⁸⁹.

En nuestra opinión, estos motivos impiden llegar a conformar un régimen radicalmente diferente para los créditos contra la masa que, sencillamente, van a contar con algunos beneficios, tales como el de ser satisfechos con anterioridad a los llamados créditos concursales. No se encuentra un motivo de peso para distinguirlos en el sentido en que lo hace la LCon. Probablemente, la concepción del crédito contra la masa como un coste producido por el procedimiento, en contraposición al crédito concursal –que provoca el procedimiento– sea la culpable de esta distinción. Ése era el significado inicial del crédito contra la masa, sin embargo, la irrupción en esta categoría –en el artículo 84 LCon– de otros conceptos como los salarios de los treinta días previos a la

⁸⁸⁸ DÍAZ MORENO, A., “La masa pasiva...” *op. cit.*, pág. 341; CERVERA MARTÍNEZ, M., “Los créditos...”, *op. cit.*, pág. 616.

⁸⁸⁹ ALONSO LEDESMA, C., “Créditos contra la masa...” *op. cit.*, pág. 348; VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios...* *op. cit.*, pág. 109, que señala además: *El legislador ha quebrantado la idea dogmática de que las deudas de la masa, en cuanto generadas y contraídas en provecho e interés de todos los acreedores, son por ello ulteriores a la declaración del concursal. A pesar de ello, el legislador ha catalogado e insertado estos créditos en esta sede dotando con ella una prioridad absoluta a estos créditos laborales, lo cual si social y económicamente puede ser justo, jurídicamente es tanto una incongruencia como un amaño a la pureza conceptual que no era necesaria*; o GURREA CHALÉ, A., “La determinación y el pago de los créditos contra la masa en el Derecho español”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 1883-1884, que hace referencia a la disfunción en los requisitos temporal y teleológico del crédito contra la masa en la LCon.

declaración de concurso, los derechos de alimentistas, las obligaciones nacidas de la Ley y la responsabilidad extracontractual en general, etc., terminan por convencernos de que el crédito contra la masa pese a su intención no es más que una suerte de *superprivilegio*⁸⁹⁰. Como tal, es plenamente integrado en la masa pasiva –se respeta el principio de integración– y tiene más interés en lo que se refiere a su incidencia en el principio *par conditio creditorum*. Incluso, se ha dicho que esta categoría en sí misma, es una de las críticas al sistema concursal porque altera el principio de igualdad de trato a los acreedores en perjuicio de los acreedores concursales⁸⁹¹. La realidad es por tanto, que dichas notas características, en la práctica, únicamente redundan en la existencia de una categoría muy privilegiada de créditos, que se satisfarán con cargo a la misma masa que debe responder de los llamados créditos concursales. Por ello no podemos admitir que se trate de una excepción, sino de un privilegio impropio, de manera que podrá tener efectos sobre el principio de igualdad de acreedores pero no sobre el principio de integración de la masa pasiva –integración que en este caso nos parece clara a pesar de la literalidad de la Ley–. Algunos autores destacan la confusión que subyace a este punto en la Ley, ya que el crédito contra la masa se regula en el Capítulo III, bajo la rúbrica: “De la determinación de la masa pasiva”, cuando en teoría el concepto hace alusión a créditos que no forman parte de dicha masa⁸⁹².

Pero no es a nuestro juicio la única incongruencia de un régimen supuestamente extraconcursal. En este sentido, ROJO y BELTRÁN determinan que el legislador ha establecido ciertas limitaciones dirigidas a los titulares de créditos contra la masa, para integrarlos en el concurso⁸⁹³. La expresión, muy acertada, implica desde nuestra óptica crítica con la LCon, que efectivamente el régimen jurídico del crédito contra la masa no

⁸⁹⁰ Término que se ha usado tradicionalmente para aludir precisamente a la preferencia del crédito salarial.

⁸⁹¹ ARROYO MARTÍNEZ, I., y MORRAL SOLDEVILA, R., *Teoría y práctica... op.cit.*, pág. 132.

⁸⁹² ARROYO MARTÍNEZ, I., y MORRAL SOLDEVILA, R., *Teoría y práctica... op.cit.*, pág. 137. Los autores determinan que las dos condiciones o presupuestos para reputar un crédito como concursal son: la existencia previa a la declaración de concurso y su reconocimiento durante el procedimiento. Si bien es cierto, resulta peligrosa la afirmación por cuanto sea hecha en oposición a la definición de crédito contra la masa. La inclusión de conceptos que también existían antes de la declaración de concurso en tal categoría difumina en gran medida la diferencia entre el crédito concursal privilegiado y el crédito contra la masa.

⁸⁹³ ROJO, A. y BELTRÁN, E., “Las masas activa y pasiva...” *op. cit.*, pág. 556.

es el propio de una categoría desvinculada del procedimiento concursal, sino que recuerda más a un crédito con una fuerte preferencia y determinadas prerrogativas que lo convierten en un importantísimo privilegio. Entre dichas limitaciones se encuentra la preceptiva espera de un año para iniciar ejecuciones dirigidas a hacerlos efectivos si no se ha aprobado convenio o abierto fase de liquidación antes; así como el establecimiento del incidente concursal como el trámite necesario en acciones relativas a la calificación o el pago de los créditos contra la masa.

No hay duda de que el crédito contra la masa es una categoría mal construida en la Ley Concursal. En primer lugar, existen demasiados conceptos dentro de la enumeración del artículo 84.2 LCon, lo que va en contra del espíritu de excepcionalidad y restricción que debe guiar la interpretación de las deudas de la masa según la doctrina clásica. Además, su cláusula de cierre, que configura la enumeración como un *numerus apertus*, no da la seguridad necesaria en relación a una categoría de créditos que debe estar tasada y bien tasada –principio de tipicidad– para un correcto desarrollo y posterior éxito del procedimiento de insolvencia.

Eso en cuanto a los conceptos que van a componer las deudas de la masa para la LCon, no obstante, en relación a su régimen jurídico se han detectado también importantes incongruencias. La supuesta extraconcursalidad de la categoría está falta de refrendo práctico en nuestra Ley: el sometimiento a determinadas limitaciones (a las que ya se ha hecho referencia) de los acreedores de la masa, la inclusión de conceptos que no pueden identificarse con su primitiva naturaleza –de gasto u obligación del procedimiento–, o su ubicación sistemática en un capítulo bajo la rúbrica “De la determinación de la masa pasiva”, son algunos de los motivos que nos llevan a pensar que el principio de integración es respetado por el crédito contra la masa. Desde este punto de vista, se trataría de una categoría que afectaría, y mucho, a la *par conditio creditorum*, en tanto que otorga a los titulares de este tipo de créditos un privilegio casi absoluto en el orden de prelación concursal. Entendemos que el efecto del artículo 84 LCon tiene visibilidad no en sede de integración, sino en sede de igualdad entre acreedores, que se ve fuertemente influida por las deudas de la masa.

A mayor abundamiento, o si se prefiere, como cita final y descriptiva de la situación de los créditos contra la masa, dice VEIGA COPO⁸⁹⁴: *Lo cierto es que algunos de los créditos que tradicionalmente se han entendido encuadrables en esta categoría de créditos son olvidados o preteridos, pero por el contrario otros, que encajan mal y a la fuerza en el puzzle de los créditos contra la masa se incluyen contra viento y marea careciendo de las mínimas características comunes de que gozan este tipo de créditos.*

4.2. Graduación de los créditos concursales

Conviviendo con los créditos contra la masa, se encuentran las deudas que según la Ley sí van a integrarse en la masa pasiva del concurso. Se trata de aquellas que preexistían a la declaración judicial que inicia el procedimiento, y que son causa de éste. Los titulares de estos derechos serán incluidos además en la lista de acreedores que realiza la administración concursal, estarán sujetos a las reglas de comunicación y reconocimiento de créditos, y en general al resto de disposiciones de la LCon. Podemos encontrar créditos concursales de cuatro tipos: subordinados, con privilegio especial, con privilegio general y ordinarios. Cada uno de ellos ocupa un lugar distinto en el orden de prelación de pagos, de manera que en una somera relación de los mismos, comenzaremos por los que se satisfacen primero, e iremos descendiendo hasta los que se liquidan en último lugar⁸⁹⁵.

– *Créditos con privilegio especial.* Su realización se lleva a cabo con cargo a los bienes y derechos concretos que están afectos a los mismos, pues son créditos con algún tipo de garantía sobre determinados activos del concursado. Se trata de los créditos que aparecen en el artículo 90 LCon⁸⁹⁶: garantizados con hipoteca⁸⁹⁷, prenda,

⁸⁹⁴ VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios... op. cit.*, pág. 112

⁸⁹⁵ *Vid.*, nuestro trabajo: GARCÍA ESCOBAR, G. A., “El tratamiento de los créditos concursales y el principio par conditio creditorum”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 5, 2014 (formato digital).

⁸⁹⁶ Deben cumplirse las condiciones adicionales que para algunos créditos obran en el propio precepto, amén de aquéllas formalidades o requisitos exigidos por la legislación específica de cada negocio jurídico.

⁸⁹⁷ El uso actual de la hipoteca, vinculada al crédito inmobiliario *quasi* exclusivamente, desvirtúa el privilegio y pone en riesgo su sentido.

anticresis, garantía de valores mediante anotación en cuenta, créditos refaccionarios sobre bienes refaccionados (incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras estén en posesión del concursado) y “los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago”.

Las reglas que rigen el pago de éstos créditos se encuentran en el artículo 155 LCon, destacando dos: normalmente, la realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta; y si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a prioridad temporal. No obstante, lo que resulta ciertamente sorprendente es que el respeto a los bienes y derechos que garantizan créditos con privilegio especial alcanza no solo al resto de créditos concursales⁸⁹⁸, sino también a los propios créditos contra la masa (el artículo 154 LCon en su párrafo segundo recoge esta prescripción). Aquí no es en absoluto extraño dudar sobre la congruencia de la Ley, que consagra un tipo de créditos (contra la masa) como extraconcursoales y con una prioridad absoluta, cuando en realidad éstos deben respetar la satisfacción de ciertos créditos concursales: los que tienen privilegio especial.

Pero tampoco es la única duda que nos surge tras el análisis del privilegio especial en la LCon. Si nos remontamos al estudio del principio de universalidad y del principio de integración, podemos traer a colación una figura que guarda en nuestra opinión una estrecha relación: la denominada *separatio ex iure creditii*. Cuando la caracterizábamos, nos referíamos a ella como una ejecución separada sobre ciertos bienes –buques y aeronaves– (ya que no se comparte la configuración de ésta como un derecho de separación para el acreedor). Pues bien, esto es básicamente un crédito con privilegio especial, siendo la nota distintiva de unos y de otros la afectación de la deuda a un bien concreto, de manera que el bien no podrá ser enajenado por la administración concursal para aumentar el valor de la masa, puesto que la garantía que encarna le otorga un segundo nivel de intangibilidad.

⁸⁹⁸ Sobre los que se sitúan los especialmente privilegiados en este esquema de satisfacción de deudas.

A los efectos que nos interesan, reparamos en que el derecho de ejecución separada se asocia a un crédito que no va a integrarse en la masa pasiva, mientras que para la Ley no hay dudas de que el crédito con privilegio especial sí que lo hace. De nuevo, nuestro análisis debe disentir del criterio de la LCon y son, entre otros motivos, las similitudes con la *separatio ex iure creditii* las que nos llevan a hacerlo. Si ésta comporta un crédito no integrado en el concurso, entendemos que lo mismo sucederá con el crédito con privilegio especial⁸⁹⁹. Es una opinión que ya hemos tenido oportunidad de apuntar cuando estudiábamos el principio de integración; concluyendo que el privilegio especial saldría del circuito concursal en razón a sus específicas condiciones y su falta de inclusión en la comunidad de pérdidas. Por tanto, tan solo continuamos las tesis iniciadas y sostenidas en esta misma investigación, y que sitúan el privilegio especial fuera del espectro puramente concursal. De este modo, dicha calificación crediticia afectaría al principio de integración y no al de *par conditio creditorum*, por cuanto los acreedores en tal concepto no se integrarían en la masa.

Además, no podemos pasar sin apuntar que existe un caso en que la intangibilidad puede ceder en beneficio de los créditos contra la masa (art. 155.3 LCon). Este fenómeno se concreta en la opción de la administración concursal, de (mediando autorización judicial) *conseguir la liquidez suficiente para el pago de créditos contra la masa procediendo a la enajenación de bienes afectos a créditos con privilegio especial, siempre que respete la regla de preferencia en la satisfacción de los titulares de dichos créditos. El presupuesto será, evidentemente, que el valor del bien supere al del crédito privilegiado*⁹⁰⁰. Por tanto, pueden mantenerse las dudas sobre la prelación de créditos en el concurso: se proclama la superioridad de los créditos contra la masa, que escapan a la cuantificación concursal, pero al mismo tiempo éstos quedan supeditados al escrupuloso respeto del valor de los créditos calificados con privilegio especial, incluso con la excepcional facultad de la administración concursal del artículo 155.3 LCon.

– *Créditos con privilegio general*. La caracterización de éstos se encuentra en el artículo 91 LCon, mientras que la forma de satisfacerlos está en el artículo 156 LCon. Su aplicación no resulta tan problemática como los anteriores casos. Podríamos

⁸⁹⁹ Estamos tratando con dos casos de ejecución separada de créditos por la afectación de un bien que los garantiza y que la LCon protege especialmente.

⁹⁰⁰ BELTRÁN, E., “La prioridad...” *op. cit.*, pág. 3624.

situarlos en un tercer escalón, de manera que se satisfacen tras los créditos contra la masa y los especialmente privilegiados.

Dentro de los créditos con privilegio general, existe un orden concreto para organizar el pago de los mismos (a diferencia de los créditos contra la masa que se satisfacen con el criterio del vencimiento) en el supuesto de liquidación. Esta categoría se refiere a –por orden–: deudas por salarios que no estén cubiertas por el privilegio especial y hasta un límite cuantitativo, indemnizaciones derivadas de la extinción de contratos, indemnizaciones por accidentes laborales; cantidades correspondientes a retenciones de seguridad social y tributarias que deban ser abonados por el concursado; créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual; créditos tributarios y demás de Derecho público; créditos por responsabilidad civil extracontractual; créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería en el marco de acuerdos de refinanciación (en la cuantía que no se reconozca como crédito contra la masa); y los créditos de los que es acreedor aquel que insta el concurso siempre que no pueda calificarse su crédito como subordinado hasta un 50% de su importe. El hecho de que exista tal orden de prelación nos hace pensar que existen privilegios generales en plural, y no privilegio general individualmente considerado, en tanto que cada uno va a gozar de una posición diferente dentro del procedimiento. Pensemos en el seno de un proceso concursal, ¿difiere mucho la posición de preferencia entre el último de los acreedores con privilegio general y los acreedores ordinarios? Obviamente aquél tiene una situación sensiblemente mejor pero ¿y si pensamos ahora en la posición del primer acreedor con privilegio general en relación a los ordinarios? ¿Acaso no se reputa una diferencia importante con el caso anterior? Con esta simple –quizá reduccionista– contextualización, podemos tomar conciencia de las diferencias existentes dentro de lo que en teoría es una única categoría en el proceso de insolvencia.

No obstante, la no asociación del crédito con privilegio general a ningún bien en concreto significa para algunos autores que la versión más nítida del concepto de privilegio concursal tiene su reflejo en esta categoría. Lo cierto es que implica una preferencia directamente sobre el patrimonio concursado, y visto así es más cercano al

sentido del privilegio. Señala a este respecto VEIGA COPO⁹⁰¹: *Estamos por tanto ante la manifestación más pura y genuina de los privilegios, unos privilegios que, en cuanto preferencias del crédito se exteriorizan en estado puro, despojados de cualquier otra facultad o poder. Estamos ante la esencia y la autenticidad de los créditos que gozan por atributo y decisión legal de una cualidad que protege al crédito y en suma blindada al acreedor titular del mismo.*

– *Créditos ordinarios.* La definición de éstos se hace por exclusión: “se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados” (art. 89.3 LCon). Son el cuarto escalón de este esquema, y su pago se efectuará una vez se hayan satisfecho los créditos contra la masa y los privilegiados. Su satisfacción, ya que no existe una lista de créditos que compongan la categoría, se producirá siguiendo el criterio de prorrateo, esto es, en proporción al importe de los créditos, cuando el patrimonio a liquidar no pueda cubrir todo el montante de los ordinarios (artículo 157 LCon).

Según DÍAZ MORENO, en los créditos ordinarios se reconoce la manifestación más genuina del principio *par conditio creditorum*⁹⁰². Esta circunstancia se explica: de un lado por la ausencia de preferencia de estos créditos con respecto a las otras categorías; y de otro, por la regla que sirve para distribuir los bienes del concursado cuando el orden de prelación señala su turno. Ésa regla no es otra que la proporcionalidad, que aunque no siempre se ha hecho coincidir con el principio de igualdad de los acreedores⁹⁰³, en nuestra opinión sí que constituye, al menos, la expresión más pura de ella. Por tanto, podríamos decir que la *par conditio* si pudiera considerarse parcialmente, sería plena en relación a los créditos ordinarios.

– *Créditos subordinados.* Son el último peldaño dentro de la ordenación de deudas concursales. El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios y se efectuará por el

⁹⁰¹ VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios... op. cit.*, pág. 210.

⁹⁰² DÍAZ MORENO, A., “La masa pasiva...” *op. cit.*, pág. 366, en relación a la pág. 351 en que se reconoce la proporcionalidad al importe del crédito como contenido de básico de la *par conditio creditorum*.

⁹⁰³ En contra, distinguiendo entre principio de igualdad y principio de proporcionalidad: GARCÍA POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento... op. cit.*, pág. 25.

orden establecido en el artículo 92 LCon y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 158 LCon).

El mencionado artículo 92 señala los créditos que son subordinados, eliminándose toda posibilidad de discrecionalidad judicial⁹⁰⁴. Serán calificados como tal: los que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores⁹⁰⁵; los que tengan el carácter de subordinados en virtud de un pacto contractual; recargos e intereses (a excepción de los créditos con garantía real); multas y sanciones similares; créditos cuyo acreedor es una persona especialmente relacionada con el deudor, con ciertas salvedades⁹⁰⁶; los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado; y los créditos provenientes de determinados contratos sinalagmáticos en que una de las partes obstaculiza el cumplimiento de la otra en perjuicio del concurso.

La Ley posterga así determinados créditos que entiende no merecen la protección de los ordinarios, es más, su lógica y una lectura de la Exposición de Motivos nos llevan a afirmar que se trata de una –otra– excepción a la *par conditio creditorum*. En este caso una excepción negativa en el sentido de que no hablamos de un privilegio, sino de lo contrario, de una suerte de castigo al titular del crédito que entra en alguna de las descripciones del artículo 92 LCon⁹⁰⁷. La *ratio* del crédito

⁹⁰⁴ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual... op. cit.*, pág. 625.

⁹⁰⁵ Con esta previsión el legislador trata de fomentar la actitud despierta y diligente del acreedor, castigando la falta de cuidado o la impericia del mismo a la hora de comunicar sus derechos de crédito. FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos subordinados*, Pamplona, Aranzadi, 2006, pág. 171.

⁹⁰⁶ La “persona especialmente relacionada con el deudor” queda definida en el artículo 93 LCon, siendo el tipo de crédito que ha acaparado más atención de la doctrina dentro de esta categoría, *vid.*, YZQUIERDO, M., “Las personas especialmente relacionadas con el concursado”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 1753-1781. De hecho, el Real Decreto-Ley 4/2014, introdujo alguna excepción a la consideración de estos créditos como subordinados (artículo 92, ordinal 5º LCon).

⁹⁰⁷ Se ha criticado que en la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos se haya introducido un supuesto de subordinación, escapando el concepto así de su sede natural en el artículo 92 LCon. En concreto, señala el artículo 237 LCon: “Con excepción de los que tuvieran constituido a su favor garantía real, los créditos de que fuera titular el acreedor que, habiendo recibido la convocatoria, no asista a la reunión y no hubiese manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores, se calificarán como subordinados en el caso de que, fracasada la negociación, fuera declarado el concurso del deudor común”. Efectivamente, la lógica de la norma concursal nos lleva a pensar que sistemáticamente sería

subordinado tiene en común con el privilegio que el legislador está saltando el principio general de igualdad de trato de los acreedores. No obstante, sobre el privilegio existe toda una teoría general, puesto que la asiduidad y raigambre de los mismos ha provocado la atención constante de la doctrina; mientras que la subordinación introducida por la Ley Concursal es un mecanismo mucho más novedoso.

Es cierto que los créditos subordinados no responden a una misma lógica, siendo su posición subordinada lo que les caracteriza, pero sin guardar aparentemente una relación entre sí⁹⁰⁸. De modo que la heterogeneidad de su composición impide determinar un denominador común, objetivo y en función al cual gravita el sentido del artículo 92 LCon: en algunos casos la subordinación responde a la falta de diligencia del acreedor; mientras que en otros tendrá causa en la autonomía negocial, la naturaleza del crédito o bien la identidad de la persona acreedora. En cualquier caso, sí podemos concluir que la intención del legislador con esta categoría ha sido la de aumentar el valor de la masa, deduciendo determinadas cantidades –los créditos que ha considerado menos dignos de satisfacción– de la misma, aumentando las posibilidades de cobro del resto de acreedores⁹⁰⁹, principalmente de los ordinarios⁹¹⁰.

4.3. Valoración crítica de la técnica clasificatoria

Nuestra Ley Concursal no hay duda que ha perseguido, en la cuestión de la calificación de los créditos, la *simplicidad y automatismo* que exigía la sociedad española tras una legislación concursal totalmente obsoleta⁹¹¹. No obstante, esa

más recomendable mantener todos los casos de subordinación en un mismo precepto. No obstante, si aplicamos extensivamente el criterio de tipicidad legal de la LCon en relación a los privilegios, debemos aceptar que mientras el crédito sea subordinado en razón de una norma contenida en la Ley Concursal, esta circunstancia resulta admisible; sin perjuicio de que puedan existir otros medios más favorables al estudio y aplicación de la legislación concursal

⁹⁰⁸ FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos...* *op. cit.*, pág. 166.

⁹⁰⁹ PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “Los créditos subordinados...” *op. cit.*, pág. 681.

⁹¹⁰ Sobre la necesidad de seguir aumentando en nuestro sistema concursal el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios y con ello la visibilidad del principio *par conditio creditorum*: BELTRÁN, E., “La reforma...” *op. cit.*, pág. 667.

⁹¹¹ La idea de una “drástica poda de privilegios”, ante los efectos perversos de este instituto concursal sobre la *par conditio creditorum* viene de lejos en el legislador español, apareciendo ya dicha expresión en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Concursal de 27 de junio de 1983, elaborado por

intención ha quedado en cierta medida en un segundo plano tras años de aplicación de la LCon, en los que ha salido a flote el número y la profundidad de las correcciones o matizaciones del propio orden concursal⁹¹². El fruto, tras unos antecedentes legislativos inmediatos marcados por el “laberinto normativo” y la complejidad, ha resultado ser un sistema con buenas intenciones, pero unos medios que tan solo son relativamente válidos para la consecución de sus objetivos. Es cierto que se ha evitado la proliferación de privilegios fuera de la Ley Concursal⁹¹³, lo que hubiera determinado la pérdida del control sobre la institución, que cambiaría su morfología en razón de cualquier normativa especial; pero no se ha podido evitar que dentro de la LCon, la regla general se vea atemperada por demasiadas excepciones.

En este sentido, se ha considerado que la creación de nuevos privilegios no supone en todos los casos la desaparición de los que venían operando, sino que éstos se habrían desplazado hacia abajo en el orden de prelación, ante el empuje de las nuevas preferencias. Se trata de un fenómeno que tuvo su máxima expresión en el Derecho previgente, aunque no ha sido solucionado en toda su extensión por la LCon. Ante esta estratificación, la Ley acaba con algunas preferencias, al tiempo que establece nuevos privilegios para adaptar el concurso a los nuevos tiempos; entrándose en una espiral que pone en riesgo el sistema de protección del crédito⁹¹⁴. En ese sentido, sorprende a VEIGA COPO⁹¹⁵ que en esa reducción de privilegios más teórica que real, se han mantenido algunos de los que aglutinan mayores cantidades de la masa pasiva (en concreto los de Derecho público, cuya Justicia y razón de ser están en tela de juicio). El mismo autor, incidiendo en la consideración que nos merece la reducción de privilegios de la LCon, expresa con especial ocurrencia: *Es innegable que la Ley Concursal ha reducido el número de los privilegios, no tanto como debiera o como a primera vista se*

una ponencia especial (presidida por el Profesor OLIVENCIA) de la Comisión General de Codificación – en la Ley actual se habla de una “reducción drástica de privilegios”–. Poniendo de relieve el problema que suponía la proliferación de privilegios: GARRIDO, J. M., “La graduación de créditos”, *La reforma de la legislación concursal* (dirigido por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 226.

⁹¹² GARCÍA POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento...* op. cit., pág. 29; también pone de relieve la falta de un cambio sustancial en materia de privilegios, VILLORIA RIVERA, I., “El mito...” op. cit., págs. 320-321.

⁹¹³ Vid. VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios...* op. cit., pág. 113.

⁹¹⁴ GARRIDO, J. M., “La graduación...” op. cit., pág. 232.

⁹¹⁵ VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios...* op. cit., págs. 95-96.

desprende, pero es probable que esa misma filosofía o política haya quedado raquítica a la hora de aplicarlo ante lo que es el volumen del crédito ya que no son pocos ni pequeños en cuanto a su cuantía los que el legislador ha incorporado con cierto desparpajo pero con escaso acierto. No se ha resistido a ser víctima de su propia ambición. Se ha limitado indudable y acertadamente el número de fuentes legales de procedencia de gran parte de las causas de preferencia legal, con lo que se gana en claridad, racionalidad y pragmatismo. Aunque también es cierto que el legislador no ha querido arrebañar aún más de lo que era menester y factible. Simplemente se ha perdido una gran oportunidad.

La técnica creada por la Ley 22/2003 para clasificar los créditos, como se ha podido ver, tiene algunas disfunciones. Recapitulando, podemos encontrar ciertas incongruencias que van a hacer surgir dudas sobre la pertinencia del método utilizado por la LCon. Tenemos una clasificación de créditos que discrimina con total nitidez aquellos que forman parte de la masa pasiva (los que han provocado el concurso) de los que son producto del mismo, esto es, los créditos contra la masa. En este punto, ya podemos identificar un importante problema teórico, puesto que en dicha categoría se han incluido créditos como los salariales (que además podrían haber sido reconducidos a otros institutos como el Fondo de Garantía Salarial⁹¹⁶, en pos de una cierta descarga del concurso), que no son producto del concurso, sino que son parte del problema patrimonial del concursado. Por tanto, se está configurando el crédito contra la masa no como una figura extraconcursal, sino como un crédito superprivilegiado, por encima del resto de deudas, ya que se ha desvirtuado su naturaleza incluyendo este tipo de Derechos, que en puridad deberían ser concursales.

Por otro lado, a pesar de esta pretendida prioridad, la realización de créditos contra la masa debe respetar aquellos bienes que garantizan créditos especialmente privilegiados. De nuevo estamos ante una paradoja, si los créditos contra la masa son prededucibles y prioritarios, ¿cómo pueden estar limitados por los créditos con privilegio especial? Este problema de la afectación de bienes al pago de determinados créditos podría haberse resuelto al menos en su vertiente teórica, eliminando este privilegio especial y otorgando formalmente a los créditos garantizados en este sentido

⁹¹⁶ CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., *Lecciones... op. cit.*, pág. 115.

un derecho de ejecución separada (como ocurre con buques y aeronaves). Su inclusión en la masa pasiva del concurso es del todo confusa pues no se respeta la proclamada prioridad de los créditos contra la masa. Otra opción sería, entendiendo que el sistema ha mutado, incluir los créditos contra la masa –con otra denominación– entre los concursales. Ya no representan únicamente los costes del procedimiento, manifestándose que su posición no es de prelación absoluta a la hora del pago a los acreedores, sino que suponen un segundo escalón tras los créditos especialmente privilegiados. Con estos planteamientos no se está olvidando que los créditos contra la masa se satisfacen a su vencimiento, simplemente se está analizando la norma desde otro plano que no es el temporal, sino el de la satisfacción efectiva de los créditos, que en situaciones de concurso resulta más importante, y es el que determinará si un acreedor es verdaderamente privilegiado o no.

Las dificultades creadas por la técnica utilizada para ordenar los créditos del deudor concursado producen una inseguridad que no favorece en absoluto la comprensión de la institución ni sus objetivos. Éstos quedan totalmente desdibujados desde el momento en que es posible que para el operador jurídico surjan dudas acerca de qué es lo que ha intentado el legislador concursal proteger en primer lugar, qué créditos son los que quedan en una posición superior y cuáles son los motivos para priorizarlos. A modo de ejemplo, se encuentran autores que incluso señalan que el crédito con privilegio especial es prededucible, gozando de preferencia absoluta incluso respecto a las deudas de la masa⁹¹⁷. Es evidente que esta atribución de prededucibilidad al crédito con privilegio especial no es acorde al espíritu de la Ley, pero entendemos la confusión en la doctrina, que difícilmente puede comprender la incongruencia de la norma en el ámbito de la calificación de los créditos. Se trata únicamente de un ejemplo de cómo la LCon desfigura su propio sistema a base de matices y excepciones, que implican una importante dificultad para conocer teóricamente y en grado de abstracción los conceptos que integran la masa pasiva y su posición en el concurso.

⁹¹⁷ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., “Los créditos con privilegio...” *op. cit.*, pág. 652.

5. Situación del principio *par conditio creditorum*: la igualdad actual de los acreedores

5.1. Igualdad en la liquidación

Recuperamos en estos epígrafes finales y a modo conclusivo, algunas notas sobre el contenido del axioma, para determinar con claridad su grado de cumplimiento en la Ley Concursal. Aunque hemos definido la *par conditio creditorum* como: *principio exclusivamente concursal, que se revela en normas o criterios de interpretación tendentes a garantizar fórmulas de reparto de la masa guiadas por la idea de igualdad entre los acreedores concurrentes, como medio más aceptable de distribución de pérdidas entre la masa pasiva, respondiendo así a los intereses particulares, colectivos y generales presentes en el procedimiento, en una suerte de cooperación obligatoria que preside la solución al concurso*; con ello no estamos negando el valor de la regla de proporcionalidad (ley del dividendo), que supone el criterio de reparto más próximo al ideal de igualdad entre los acreedores. Nuestra definición, aun admitiendo las manifestaciones de la *par conditio* fuera de la rigurosa proporcionalidad, respeta dicho modo de repartir las pérdidas como el verdaderamente propio de este axioma. Dejamos por tanto abierta la puerta a la existencia de determinados privilegios prefijados por la norma concursal, no obstante, llevamos al máximo el criterio restrictivo a la hora de interpretar las preferencias en sede de insolvencia. Con esta posición, queremos expresar nuestra desconfianza hacia la relativización del privilegio, pues el uso masivo a este recurso, acompañado del beneplácito o aquiescencia de los principales operadores jurídicos, determina un gran riesgo para el mantenimiento de la efectividad del principio *par conditio creditorum*.

Con la tan citada y no especialmente bien implementada y valorada reducción de privilegios operada por la LCon, se detecta un intento por parte del legislador por restaurar la igualdad en el trato a los acreedores, perdida por completo en el escenario jurídico anterior⁹¹⁸. A pesar de ello, este intento fue acogido con escepticismo por una parte de la doctrina ante el aumento del número de privilegios durante la tramitación de la Ley⁹¹⁹. En esta línea decía GARRIDO que la Ley no pretendería recuperar una *par*

⁹¹⁸ ALONSO LEDESMA, C., “Créditos contra la masa..” *op. cit.*, págs. 291-292.

⁹¹⁹ DÍEZ SOTO, C. M., *Concurrencia...* *op. cit.*, pág. 22, nota 12.

conditio que nunca había existido, sino introducir más proporcionalidad en el abigarrado sistema preferencial anterior a la LCon, calificando la situación del axioma como *igualdad orwelliana, según la cual unos acreedores son más iguales que otros*⁹²⁰; descripción que creemos extrapolable al sistema concursal actual⁹²¹.

Sin embargo no debemos caer en la crítica irreflexiva, valorando la situación con todos sus condicionantes. Estamos seguramente ante el aspecto más complejo o el reto más difícil de la Ley Concursal de 2003: hacer compatible el establecimiento de un sistema de privilegios concursales con el principio *par conditio creditorum*. La antinomia entre ambos conceptos es la causa del fracaso del legislador, que por mucho que intente conciliar los derechos de preferencia y la igualdad de los acreedores, si lleva a cabo una actuación a favor del primero, estará descuidando el segundo. El motivo se encuentra en la propia naturaleza del procedimiento concursal o, mejor dicho, en su contexto. Nos referimos a la situación de insolvencia, en que con toda seguridad el deudor no va a poder hacer frente a todas sus obligaciones. La insuficiencia patrimonial (sea transitoria o sea definitiva) implica obligatoriamente la insatisfacción de alguno o algunos de los acreedores. Por consiguiente, si se promueve un privilegio, ello irá en detrimento de la masa; del mismo modo que si se promueve la regla de la proporcionalidad, se obvia la posición de algunos acreedores cualificados en virtud de distintas razones. En el procedimiento concursal, donde no hay para todos, alguien tiene que perder y la cuestiones son: ¿quién y cuánto? La realidad es que se trata de una difícilísima tarea, compleja de resolver, pero en cualquier caso mal abordada por nuestro Derecho. Quizá esta dificultad, o la pésima situación previa a la LCon ha promovido en la doctrina una posición “indulgente” con esta cuestión, siendo habitual como se ha visto, el reconocimiento del principio *par conditio creditorum* en la norma, entendiendo que los privilegios actuales son justificados y muy excepcionales.

En cambio, en este estudio nos interesa más constatar que los acreedores se someten al concurso en diferente forma y medida⁹²², la realidad, y en consecuencia que

⁹²⁰ GARRIDO, J. M., “La graduación...” *op. cit.*, pág. 239. Así, queda patente que es clásica la reclamación de más sentido común en una disciplina que parece presidida por la incongruencia.

⁹²¹ Como una utopía y también como un mito es calificada al *par conditio creditorum* por: VEIGA COPO, A. B., “Par conditio...” *op. cit.*, págs. 1643 y 1654, respectivamente.

⁹²² Reconocido, por ejemplo, por DÍAZ MORENO, A., “La masa pasiva...” *op. cit.*, pág. 338.

la igualdad entre los mismos se resiente sensiblemente. Señala PEINADO GRACIA al respecto, que la LCon responde al principio de igualdad de trato a los acreedores, pero con numerosas excepciones; consciente en nuestra opinión de las dificultades para reconocer su vigencia en el sistema concursal español. Nosotros hemos entendido que la existencia de numerosas excepciones, era el primer dato que debía llevarnos a investigar sobre la efectividad del principio de igualdad de los acreedores; esa *par conditio creditorum* que sortea un gran número de privilegios, piedras de un camino en que se constata la desigualdad con que se legisla y aplica la institución del concurso. En adelante, tratamos de constatar la efectividad y congruencia del axioma en la Ley Concursal de 2003.

El Derecho concursal, como las demás ramas del ordenamiento, configura con libertad (aunque sometido a los principios constitucionales y las normas sobre producción de otras normas) sus perfiles básicos. Los principios que lo ordenan quedan recogidos en la Ley Concursal, y de todos ellos destaca y nos interesa aquí el principio *par conditio creditorum*. La intención del legislador de incardinar esta idea fundamental en la LCon, queda patente, como hemos señalado, en su Exposición de Motivos: “Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas”. Aquí se hace alusión tanto a la regla general como a sus excepciones (privilegios), sin embargo, la postura que venimos desarrollando se aleja de esta concepción de igualdad de los acreedores, para exponer la manera en que dichas excepciones han terminado por corromper el principio *par conditio creditorum*.

En esta reflexión sobre la situación actual del aludido principio, será de particular interés el trabajo del Profesor PEINADO GRACIA, que pone de relieve la libertad a la que se ha hecho mención. Pese a que nuestro sistema responde a un modelo eminentemente liberal⁹²³ y no asistencial, la pluralidad de acreedores que se da en el concurso de acreedores no nos lleva irremisiblemente al principio *par conditio creditorum*. Su aparición en la Ley 22/2003 es fruto de la elección y no puede entenderse como una exigencia de justicia: *nada exige que se alterasen las reglas comunes del Derecho privado y se satisficiesen las obligaciones conforme al orden*

⁹²³ Donde el Derecho concursal es una forma más de extinción de las obligaciones del insolvente; y de forma supletoria, un sistema de identificación y supresión de empresas ineficientes.

*preconcurzal (...) No existe un derecho subjetivo a la par conditio creditorum, tampoco existe una solidaridad ideal que conlleve la par conditio creditorum, sino que el Derecho concursal está encaminado a la cancelación de las obligaciones de los acreedores, y con ello a su satisfacción, pudiendo existir diversos medios para perseguir tal satisfacción*⁹²⁴.

Vamos a mantener esta línea de razonamiento, la de un principio *par conditio creditorum* producto de una mera elección del legislador y proclamado sin demasiadas reservas por la doctrina; desmarcándonos de la óptica de la Justicia, argumento que se aborrece con solo mencionarlo en este ámbito del Derecho⁹²⁵. Proclamada la regla general de la igualdad de los acreedores en el concurso, hay que decir algo sobre sus excepciones. Ya hemos comentado la naturaleza de los “privilegios” en el sistema concursal, no obstante, ahora no nos importa si se trata de un instituto procesal o si por el contrario son características inherentes al derecho de crédito. Lo que debe centrar nuestra atención en este preciso momento son los efectos de dichos privilegios, su incidencia sobre la igualdad de los acreedores. A este respecto, tanto la Ley como la doctrina identifican el principio *par conditio creditorum* como una idea-fuerza del sistema concursal, debiendo darse varias notas (simultáneamente) para que sea admisible un privilegio que pervierta el orden general. Estas notas, que también se han comentado, se concretan en la legalidad (exigencia de seguridad jurídica), necesidad (o causa suficiente) y excepcionalidad de los privilegios⁹²⁶. Pero no podemos negar que pese a sus requisitos, tales privilegios tienen un sentido absolutamente contrario al principio *par conditio creditorum*. Se suele aceptar sin mayores reparos que algunos créditos queden por encima de otros en la liquidación concursal cuando el legislador lo considera aconsejable. Esta operación es loable, aunque como se ha dicho, el principio de igualdad de los acreedores en el concurso no es un dogma de fe, sino una elección

⁹²⁴ PEINADO GRACIA, J. I., “La distribución del riesgo de insolvencia”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 433 y 442-443.

⁹²⁵ *Vid.*, VILLORIA RIVERA, I., “El mito...” *op. cit.*, págs. 319 y ss. El autor señala que la Ley ha clasificado a los acreedores que se someten al procedimiento de insolvencia respondiendo a criterios que no se identifican con la Justicia, sino con una elección política. Igualdad y Justicia no son obligatoriamente sinónimos, y la institución concursal es ejemplo de ello.

⁹²⁶ PEINADO GRACIA, J. I., “La distribución...” *op. cit.*, pág. 440.

del legislador; de modo que si no se va a respetar, en principio no debiera haber problemas para eliminarlo del ordenamiento.

La “complacencia doctrinal” con la situación del principio que se analiza⁹²⁷, viene en ocasiones determinada por la importante reducción de privilegios que tuvo lugar con la promulgación de la Ley Concursal. Sin embargo, no podemos quedarnos aquí. Que la LCon redujera el número de privilegios existentes antes de 2003 no puede ser visto como un mérito *per se*, ya que el principio *par conditio creditorum* es una apuesta de la Ley, y no una exigencia constitucional o de otro orden. Si bien compartimos la conveniencia de esta simplificación que lleva a cabo el sistema concursal actual, no se puede admitir que la igualdad de los acreedores en el concurso sea la regla general del procedimiento. Se ha analizado aquí el régimen de los créditos privilegiados y los subordinados (también las deudas de la masa según nuestra teoría), observándose una amalgama de conceptos que poco tienen que ver con el principio *par conditio creditorum* y que se salen de lo estrictamente excepcional por importancia y número. En nuestra opinión, el principio que se analiza queda en una mera ilusión ante la vorágine de excepciones, anomalías y clasificaciones expuestas, que hacen tedioso – aun– el estudio de los créditos en el concurso.

Algunos autores han mostrado cierta preocupación sobre este tema; a las citas que hemos realizado en este capítulo podemos sumar la de SÁNCHEZ CALERO, que expresa sus dudas acerca de la cuestión señalando que la reducción de privilegios que tuvo lugar con la LCon es seguramente más modesta de lo que hubieran querido quienes redactaron el primer borrador (por la inclusión de ciertos privilegios a lo largo de la tramitación parlamentaria)⁹²⁸; por su parte, BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, aluden al principio *par conditio creditorum* diciendo que éste ha de relativizarse, ya

⁹²⁷ Señala muy acertadamente VILLORIA RIVERA: *Todavía hoy, tras la entrada en vigor de un sistema de nuevo cuño, gran parte de la doctrina sigue rindiendo pleitesía a esta locución latina, cuya cita siempre parece resultar oportuna. Raro es el autor que no inclina la cabeza ante este principio, pues nada parece más justo que defender la igualdad entre los acreedores.* VILLORIA RIVERA, I., “El mito...” *op. cit.*, pág. 319.

⁹²⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., “La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 3895.

que es aplicable sólo a algunos acreedores, y por ello ha de aceptarse con reservas⁹²⁹; o ARROYO MARTÍNEZ y MORRAL SOLDEVILA, que se refieren al principio destacando que la EM de la LCon lo proclama, pero el desarrollo normativo lo traiciona al reconocer una cantidad tal de excepciones, que terminan por resquebrajar la *par conditio creditorum*⁹³⁰.

Por tanto, se pone en duda la pertinencia de seguir manifestando como idea central del sistema concursal el principio *par conditio creditorum*. La cantidad de excepciones a esta regla general han terminado por difuminarla, haciéndola irreconocible. De manera que para dotar de sentido común y congruencia el ordenamiento concursal, el legislador podría tomar dos caminos:

– Desechar la igualdad de los acreedores como principio rector del concurso de acreedores, de acuerdo con la concepción de aquél como mera elección de política legislativa. En este sentido, ya que la *par conditio creditorum* no se está respetando, y siendo ésta una decisión del legislador, es preferible, antes de que se constate la ineficacia de la norma para obtener el fin que se propone, cambiar sus objetivos. La falta de adecuación entre el principio aludido y el articulado de la Ley es manifiesta. De forma que si la Ley responde a las exigencias de la sociedad en materia concursal, ¿por qué mantener la alusión a un principio que no puede operar dadas las prescripciones de la propia LCon? Desde esta postura, el legislador debería eliminar las –irrisorias– referencias al principio *par conditio creditorum*, para proclamar el verdadero sistema que subyace en la LCon, que está basado en el privilegio de unos créditos sobre otros, configurándose como un sistema con una notable jerarquía de créditos.

– Reformular el principio *par conditio creditorum*, haciendo que éste no se refiera al conjunto de acreedores, sino que actúe solo entre aquéllos que se encuentren en el mismo nivel del orden de prelación de créditos. A veces se justifica la existencia de privilegios en base a la mayor diligencia de algunos acreedores, por ejemplo, es el caso de los créditos con garantía real⁹³¹; se dice que el coste de dicha garantía legítima

⁹²⁹ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual... op. cit.*, pág. 594.

⁹³⁰ ARROYO MARTÍNEZ, I. y MORRAL SOLDEVILA, R., “Consideraciones críticas...” *op. cit.*, págs. 1263-1266.

⁹³¹ Aunque para nosotros, estrictamente, estos créditos no formarían parte de la masa pasiva.

al acreedor a ser premiado con el privilegio especial en caso de concurso. Así, el acreedor que no toma las debidas precauciones ve como su crédito no puede pasar de “ordinario”. Al margen de que estas consideraciones no son absolutamente ciertas, dado que existen créditos privilegiados por motivos que poco tienen que ver con la diligencia del acreedor, podemos establecer una relación entre esta tesis y la posibilidad de reformular la igualdad de los acreedores en el concurso. Bastaría con articular una nueva *par conditio creditorum*, cuya eficacia se circunscriba a las relaciones entre acreedores de un mismo nivel de privilegio. Así se estaría promocionando la igualdad de los acreedores de manera más acorde con la realidad de la LCon, sin que esto suponga la renuncia a los privilegios que justificadamente el legislador ha recogido en sede concursal, sean cuales sean los motivos que lo hayan llevado a ello. A favor de esta postura, hay autores que, ante las dificultades para reconocer una *par conditio creditorum* de carácter general en la LCon, entienden de este modo el legalmente proclamado principio de igualdad de trato de los acreedores⁹³². Esta operación teórica consiste en compartimentar el ámbito de acción del axioma para admitir su vigencia en la Ley Concursal. No obstante, esta opción también cuenta con algunos puntos flacos, principalmente dos: la existencia de categorías de créditos donde el criterio de reparto en caso de liquidación no es la ley del dividendo⁹³³ y el complicado acomodo técnico que habría entre el principio de igualdad constitucional y una *par conditio creditorum* que no aportaría realmente nada nuevo en el ámbito concursal⁹³⁴.

⁹³² VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios... op. cit.*, pág. 94; VILLORIA RIVERA, I., “Masa activa”, *Memento Práctico Concursal 2016* (coordinado por VILLORIA RIVERA, I. y ENCISO ALONSO-MUÑAMER, M.), Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2015, pág. 350

⁹³³ Si el legislador se decantara por esta opción, siempre quedaría el problema del orden de prelación existente para algunas clases de créditos en la redacción actual de la LCon (contra la masa, créditos con privilegio general), a no ser que se reformara el régimen de pago de los mismos para establecer la regla del prorrateo.

⁹³⁴ Tiene que ver con una idea ya expresada: la radical distinción entre el principio de igualdad constitucional y la *par conditio creditorum*. Un principio *par conditio creditorum* entre los créditos de cada categoría corre el riesgo de caer en una reiteración innecesaria. Los acreedores que se encuentran en el mismo escalón de la jerarquía de créditos puede decirse que están en condiciones idénticas respecto del procedimiento concursal. De manera que la tutela de la igualdad de éstos, ya es una realidad en virtud de la protección constitucional que otorga el artículo 1 CE que propugna la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico; y principalmente el artículo 14 CE, que establece la igualdad de todos los españoles ante la Ley. Si la *par conditio* alude a un concepto concursal y distinto a la igualdad constitucional, ¿cómo encajaría técnicamente esta elección del legislador? La *par conditio creditorum*

Dentro de esta segunda opción podríamos expresar la existencia de una subcategoría, una vía secundaria, que consistiría en la admisión del principio de igualdad de los acreedores exclusivamente desde el punto de vista de los acreedores ordinarios. Esta postura cuenta con algunas virtudes como el refrendo historiográfico a partir de la explicación de los textos de ULPIANO⁹³⁵; la idiosincrasia de los créditos ordinarios –ni privilegiados ni postergados–; y la regla de proporcionalidad como método de reparto entre los titulares de estos créditos en caso de liquidación. Si bien se consigue neutralizar la incongruencia de considerar iguales créditos de una categoría en que existe un orden de prelación de pagos, también aparecen nuevos problemas para admitir esta teoría. En particular, parece exagerado limitar la vigencia de uno de los principios más importantes de la historia del Derecho concursal a su aplicación sobre una categoría de créditos tan restringida en la Ley Concursal de 2003. No cabe una *par conditio creditorum* limitada hasta tales extremos, pues dejaría de ser un principio informador del Derecho concursal, para pasar a convertirse en un mero criterio interpretativo de una parte ínfima del reparto en liquidación⁹³⁶. Además, se iría en contra del espíritu de la LCon, que es clara cuando expresa su intención de imponer un principio de igualdad de trato de todos los acreedores que concurran al juicio universal⁹³⁷.

debe tutelar a quienes se encuentran en situaciones diferentes –a todos en el proceso concursal–, pues para tutelar a quienes se encuentran en la misma coyuntura (aquí categoría crediticia) ya existe el artículo 14 CE. La existencia de un principio concursal parte de una cierta y efectiva novedad para el ordenamiento, de modo que no tendría sentido la réplica sectorial de principios que ya operan por vía constitucional, en una suerte de duplicidad innecesaria e ineficiente, que constituye un problema que amenaza nuestro Derecho en todos sus ámbitos.

⁹³⁵ Apoyando la teoría con un argumento histórico, podemos decir que se trata exactamente del modo que tiene PÉREZ ÁLVAREZ de interpretar la caracterización del axioma que da ULPIANO, *Digesto*, 42.8.6.7: *qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par conditio omnium creditorum facta esset*. *Vid.* PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum... op. cit.*, pág. 139; “Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 11, 2004, págs. 137-138.

⁹³⁶ Aunque se construya esta postura desde una teórica amplísima mayoría de acreedores ordinarios, donde los privilegios representen una cantidad irrisoria del pasivo total, se trata de una tesis que parte del plano de lo ideal, pues por deseable que sea, poco tiene que ver con la realidad de la LCon.

⁹³⁷ Estamos de acuerdo con la idea de que si el contenido del principio se limita a la definición por exclusión del crédito ordinario y su régimen de pago en el supuesto de liquidación, a prorrata entre los titulares de este tipo de créditos (ya que en sede de convenio pueden reputarse diferencias en la

Particularmente, nos decantamos por la primera opción puesto que entendemos que no existe obligación para el legislador de dedicar el texto normativo a un principio general, propio de la materia, que constituye realmente una mera elección normativa. El error, a nuestro juicio, es creer que no existen más modelos de Justicia concursal en relación al reparto de los bienes del concursado. La verdad es que la LCon ha mezclado varios de esos modelos, configurando un sistema lleno de privilegios cuya naturaleza o causa no tiene un origen común. La heterogeneidad y cantidad de preferencias impide hablar de una Ley que ha recurrido a la *par conditio creditorum* para organizar el reparto del patrimonio del concursado; en cambio, la LCon ha valorado diferentes criterios –modelos, paradigmas– para privilegiar o postergar los créditos de determinados acreedores. Entendemos que es incongruente la referencia a este axioma en nuestra Ley Concursal, dado que su manifestación más pura, el reparto proporcional o “ley del dividendo”, supone en términos reales una anécdota en la liquidación concursal. Habríamos aceptado –y así lo hacemos con la definición que hemos dado del axioma– un sistema concursal que dote de una mejor posición a algunos de sus acreedores; pero debiera constituir esta operación para no transgredirse la *par conditio creditorum*, un supuesto excepcionalísimo. No pudiendo constatarse la excepcionalidad y justificación de muchos privilegios⁹³⁸, desde nuestro punto de vista se constata que la norma mezcla diversos criterios de Justicia concursal, siendo la igualdad entre los acreedores el valor teórico en la LCon, pero probablemente el que menos aplicación práctica tenga en definitiva. Aunque nuestra opinión sea crítica, también es pragmática; antes de cambiar todo el sistema de privilegios de la Ley (que supuso un importante avance técnico en el momento de su promulgación) creemos que lo más lógico, existiendo diversos paradigmas en lo que se refiere al reparto de los bienes del concursado, es que se eliminara la mención a la igualdad de los acreedores. El concurso

satisfacción de los acreedores ordinarios, como se verá en el próximo epígrafe), resulta innecesaria su referencia en la norma, existiendo ya previsión legal a tal efecto. En cualquier caso, nos parece que quedaría un axioma raquítico, muy pobre para la significación que debiera tener la igualdad de los acreedores concursales. En este sentido, VILLORIA RIVERA, I., “El mito...” *op. cit.*, pág. 322. Además, señala que la traducción del aforismo no deja lugar a dudas sobre su vocación de aplicación extensiva, a todos los acreedores presentes en el procedimiento.

⁹³⁸ Para VILLORIA RIVERA, en general no existe justificación económica ni social alguna de los privilegios de la LCon. Que haya en algunos casos una razón político social no comporta *per se* una justificación de los mismos o su excepcionalidad. VILLORIA RIVERA, I., “El mito...” *op. cit.*, págs. 320 y ss.

es de facto un sistema jerárquico que no responde a las exigencias de la *par conditio* ni desde un punto de vista técnico, ni considerando su significado más amplio⁹³⁹. Por tanto, la solución no es eliminar toda la disciplina, sino el elemento que introduce la distorsión, en este caso la incongruencia. Las demás opciones valoradas, aunque hayan sido admitidas por distintos sectores doctrinales, no dejan de contener importantes disfunciones o incoherencias con el sentido del axioma que se ha analizado. Se valora muy positivamente el orden que se ha intentado imponer desde 2003 sobre el caos concursal previo, no obstante, la obra legislativa queda en entredicho cuando no es capaz de proclamar su verdaderas razones. Parece que el legislador se siente “acomplejado” al respecto, declarando una orientación que evidentemente no tiene la LCon. No hay nada vergonzoso en admitir que nuestra norma no sigue el principio de igualdad, e incluso ganará congruencia todo el sistema.

Concluimos con la cita que consideramos fundamental para resumir nuestro parecer sobre el principio *par conditio creditorum* en la LCon. VILLORIA RIVERA, que ha supuesto un apoyo constante para nuestro punto de vista escéptico con la igualdad de los acreedores en el sistema español, reconoce claramente la no vigencia del principio en nuestra Ley Concursal, sin que ello deba comportar un menoscabo a la Justicia concursal. El tratamiento de la cuestión ha sido deficiente en nuestro Derecho desde el plano legislativo hasta el jurisprudencial, pasando por la doctrina: *La incoherencia de nuestra tradición concursal ha sido recurrir a un principio que no dice lo que se pretende, como no sea a través de una interpretación tan forzada que rompa con su tenor literal. Al final, resulta que la par conditio se limita a predicar la igualdad entre los que son iguales; o, más bien, entre los que son tratados por la ley como iguales, lo que no significa que lo sean (la atribución de un mejor trato en función de lo que se considera una «diferencia» es una decisión de política legislativa)*⁹⁴⁰.

5.2. Igualdad en la solución pactada

Únicamente resta entender el valor que puede tener el principio *par conditio creditorum* en la solución negociada de la insolvencia, si es que lo tiene. Aunque la

⁹³⁹ En el que podrían tenerse en cuenta conceptos que incluso escapan a su integración en la masa pasiva. Hacíamos referencia a esta visión amplia de la *par conditio* al inicio de este capítulo.

⁹⁴⁰ VILLORIA RIVERA, I., “El mito...” *op. cit.*, pág. 321.

liquidación sea el medio habitual para resolver este juicio universal, también tiene un indudable interés el análisis de la *par conditio creditorum* cuando la solución del concurso resulta pactada a través de un convenio u otro instituto de naturaleza preconcursal (o *aconcursal* según nuestra propia tesis). ¿opera *ex lege* la igualdad entre acreedores en esta situación? Se trata de una cuestión ciertamente confusa en nuestra opinión. *A priori*, es claro que el legislador ha tratado de extender los efectos de la igualdad de trato a los acreedores a la solución del convenio. Así se puede extraer desde seis perspectivas apoyadas en la propia LCon:

– La Exposición de Motivos (V) comienza a hablar de las excepciones a la igualdad de trato con los privilegios positivos y, en concreto, con la no sujeción de los acreedores privilegiados a la disciplina del convenio salvo expreso consentimiento (si hay privilegio en este ámbito es que se pretende aplicar también la *par conditio creditorum*). Esta circunstancia queda recogida más tarde en el artículo 134.2 LCon.

– Dice el artículo 134.1 LCon y así lo interpreta el Tribunal Supremo⁹⁴¹, que las quitas y esperas (contenido obligatorio de un convenio), deberán ser iguales para los créditos ordinarios y subordinados, sin que las partes puedan disponer de dicha regla.

– El artículo 100.3 LCon, que regula el contenido de la propuesta de convenio, señala que éste no puede consistir en la alteración de la clasificación de créditos establecida en la Ley.

– El artículo 125 LCon aunque reconoce la posibilidad de aprobación de un convenio que tenga un trato singular para un acreedor o grupo de acreedores, establece una importante cautela como es la necesidad del voto favorable, en la mayoría que corresponda, de la parte del pasivo no afectada por dicho trato singular.

– Por su parte, el artículo 128 LCon determina como causa de oposición a la propuesta de convenio, la infracción de las normas sobre –entre otros– el contenido del convenio.

⁹⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 50/2013, de 19 de febrero (RJ 2013/2148), FD 8º.

– Finalmente, en el artículo 131 LCon se regula el rechazo de oficio del convenio aceptado, permitiendo al Juez bloquear la tramitación del convenio aun habiendo sido aceptado por los acreedores, cuando se infrinjan determinadas normas entre las que se incluyen las relativas al contenido del convenio.

En los dos últimos casos las remisiones expresas a las normas sobre el contenido del convenio nos lleva al también citado artículo 100.3 LCon, entendiendo que la prohibición de alterar vía convenio la calificación de los créditos establecida por Ley nos sitúa en el plano de la *par conditio creditorum*.

No obstante, la aceptación de estos argumentos cuenta con algunas dificultades de carácter teórico. La admisión del principio de igualdad de trato respecto de los acreedores concurrentes a un convenio concursal debe saltar ciertas incongruencias:

– El artículo 100.2 LCon, después de determinar el contenido obligatorio (quita o espera) del convenio, da la posibilidad de que la propuesta contenga proposiciones alternativas para algunos o todos los acreedores. Estas propuestas consisten en la conversión de créditos en acciones o participaciones, obligaciones convertibles, créditos subordinados, etc. De manera que se reconoce no la posibilidad de una quita o espera parcial, pero sí de una conversión de títulos en los términos que establece la Ley, que no afecte a todos los acreedores por igual. De hecho, los acreedores públicos no están sometidos a estas proposiciones alternativas.

– En el artículo 162 LCon se entiende que en la liquidación sobrevenida tras el cumplimiento parcial de un convenio, los pagos realizados son legítimos salvo prueba de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores. Comprendemos que se trata de casos excepcionales, pero la referencia expresa a la igualdad de trato puede hacer pensar que los parámetros en ese sentido son más laxos en el caso del convenio.

– La no sujeción de los acreedores privilegiados al convenio introduce un elemento distorsionador en el análisis. Obviamente, no nos podemos detener en el caso de los créditos contra la masa, que aunque en este estudio son considerados como créditos integrados en la masa, la Ley no los concibe así; ni en los créditos con privilegio especial, que aunque cumplan el principio de integración según la norma,

aquí se ha expuesto lo contrario. Pero la LCon y este estudio coinciden en una concreta categoría, el privilegio general. En este tipo de créditos no hay duda de que sus titulares se integran plenamente en la masa pasiva. Sin embargo, según el artículo 134 LCon solo quedan vinculados por el convenio cuando votan a favor de éste (tras algunas reformas cabe la posibilidad de obligar también a los acreedores privilegiados si concurre al convenio una mayoría reforzada –60% o 75% según el tipo de medidas contenidas–). Este régimen de superprotección del crédito privilegiado, en relación al crédito con privilegio general siembra dudas sobre la vigencia de la *par conditio creditorum* en sede de convenio. Un tipo de acreedor que queda integrado en la masa puede beneficiarse por el privilegio que reconozca la Ley, ésa es la regla general. No obstante, la posibilidad de sustraerse a la aplicación de la solución del concurso –eso al inicio de la LCon, ahora sustraerse salvo una amplísima mayoría– no parece tanto un privilegio como una falta de integración de los mismos.

La *par conditio creditorum* opera o debería operar respecto a cualquier solución del concurso, incluido el convenio. A pesar de ello, existen algunos elementos en la LCon que nos inducen a pensar que podría mejorarse la técnica legislativa al respecto. De hecho, la falta de inclusión inicial de los acreedores con privilegio, y concretamente aquellos con privilegio general, nos lleva a pensar más que en la igualdad del procedimiento, en un desdoblamiento *de facto* del principio de integración. Junto al principio de integración que ya hemos analizado, existiría una integración paralela, a efectos del posible convenio, en que ningún acreedor con privilegio entra, y por tanto tampoco participa en el reparto equitativo de las pérdidas. Quien no se integra, no se puede exponer a la *par conditio creditorum*. A favor de la Ley debe señalarse que las sucesivas reformas han tratado de eliminar o minorar esta sustracción de los créditos privilegiados al convenio a través de su sometimiento al mismo siempre que se consigan determinadas mayorías cualificadas. Sin embargo, aun puede mejorarse el texto de la norma, que mantiene elementos como el privilegio del crédito público de no someterse a proposiciones alternativas, que no ayudan a entender un principio de igualdad de trato a

los acreedores cuya aplicación sea uniforme a toda solución del concurso, ya sea liquidatoria o pactada⁹⁴².

En caso de que admitiéramos que el privilegio, en cualquiera de sus formas, es una idea que justifica la no sujeción al convenio en razón de que sus titulares gozan de condiciones diversas al resto de acreedores, ¿no podríamos trasladar la idea también al tratamiento de los créditos ordinarios y subordinados, donde la quita y espera no puede afectar de manera diferente? ¿No podría sostenerse que de la misma manera, el acreedor subordinado puede verse afectado en mayor medida por quitas y esperas? La Ley Concursal es clara y lo prohíbe en atención al menoscabo que supondría para la *par conditio creditorum* pero, ¿no parece el mismo razonamiento que en el caso de los acreedores privilegiados? Son algunas dudas que quedan sin respuesta, simplemente, porque la Ley sobre este punto tampoco ha sido especialmente coherente. Para la LCon, parece que el privilegio implica que el convenio pueda afectar de modo distinto a su titular que al acreedor ordinario; sin embargo, si dicho convenio prevé una quita o espera distinta para acreedores ordinarios y subordinados, entiende que se viola la *par conditio creditorum*. ¿Cuál es nuestro modelo de Justicia concursal?

⁹⁴² Considerando que el crédito público ha sido en el contexto concursal protegido de un modo especial, manteniéndolo al margen de la “poda de privilegios”, SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “La extraconcursalidad...” *op. cit.*, pág. 1103.

PARTE TERCERA
DERECHO COMPARADO

XII. DERECHO COMPARADO: EL ORDENAMIENTO ITALIANO

1. *Justificación de la elección del sistema italiano*

Siendo nuestro estudio de naturaleza generalista, dedicado a cuestiones que o bien no son específicas, o su especificidad viene dada por el valor de las mismas para explicar los principales axiomas del Derecho concursal, nos interesamos desde una perspectiva comparada por la posición de nuestro sistema concursal en el mundo. Del mismo modo que excedía las posibilidades de esta investigación entrar en profundidad en todas y cada una de las reglas con incidencia en alguno de los principios del concurso, tampoco podemos clasificar según la cuestión axiológica el ordenamiento español con respecto al resto de sistemas concursales. Se debe acotar el ámbito de estudio, que en este caso se ceñirá al ordenamiento italiano. Existen otros estudios en que la cuestión ha sido tratada en relación a ordenamientos de todo el mundo⁹⁴³, o bien limitando la investigación al ámbito de la UE⁹⁴⁴, donde ya se registran importantes diferencias legislativas en materia de insolvencia.

Justificamos la elección por tratarse de un Estado de la Unión Europea, perteneciente al igual que España al modelo del *Civil Law*, con unas características y una tradición especialmente próximas a las de nuestro país, aunque con diferencias críticas respecto a nuestra Ley Concursal. La evolución de la normativa concursal en un Estado donde también se han acometido numerosas reformas en los últimos años es una cuestión de especial interés, ya que puede aportarnos claves fundamentales para comprender nuestra propia evolución legislativa. La comprobación del grado de implantación de los principios concursales españoles –o, mejor dicho, recogidos en la LCon– en el sistema italiano, metodología que seguiremos aquí, puede arrojar luz sobre la existencia de alternativas al camino tomado por nuestro legislador. En ese sentido, identificaremos aquello que parece irrenunciable para un sistema concursal imbuido por una base común, la tradición proveniente del Derecho romano, y un agente de tanta influencia como la pertenencia a un ente supranacional como la UE; diferenciándolo de aquello que depende únicamente de una decisión de política legislativa. De nuevo

⁹⁴³ Por ejemplo: PAJARDI, P. *et al*, *Il fallimento nel mondo*, Padova, CEDAM, 1988.

⁹⁴⁴ CAIAFA, A., *Lezioni di Diritto Concorsuale*, Padova, CEDAM, 2003, págs. 13-26.

insistimos en que un ordenamiento que guarda fuertes lazos con el nuestro, pero que ha establecido un sistema diferente desde sus pilares más básicos, es la mejor elección que podría realizarse en este sentido⁹⁴⁵. Los principios de la institución concursal –o instituciones concursales– en Italia nos van a aportar interesantes puntos de vista puesto que, sobre un mismo fenómeno, podremos conocer una *ratio* legislativa que, siendo diferente, ha conformado una respuesta similar al problema de la insolvencia. Resulta especialmente atrayente en relación a este ordenamiento, la constatación de principios que tenemos en común y principios que no existen o se condicionan de alguna forma. El método de la evaluación legislativa se eleva al máximo de eficacia cuando se llevan los resultados de un análisis en un contexto a la comparación con otros sistemas diferentes. Sin embargo, la radical diferencia entre dos ordenamientos puede imposibilitar en ocasiones la comparación en sí, determinando la mera presentación de las principales características de los correspondientes sistemas. En ocasiones, resulta imposible comparar cosas que no encuentran ningún punto en común sobre el que crear la comparación. Por ello, huyendo de esa disfunción, preferimos centrarnos en las normas italianas, donde podemos crear comparaciones y analizar las divergencias existentes en el tratamiento de la insolvencia.

La perspectiva comparada de este capítulo consiste en condensar la valoración del esquema general del procedimiento concursal en Italia –que de hecho no es único sino varios procedimientos concursales–, a la luz de los principios que hemos glosado en relación a la LCon. La atención a la doctrina y legislación italiana, de una importante tradición concursal como se ha podido comprobar en el análisis realizado al inicio de la investigación sobre la historia de la institución concursal, podrá aportar un nuevo prisma desde el que enjuiciar el sentido de la institución concursal en Derecho español.

⁹⁴⁵ La idea de realizar un capítulo de comparación entre el sistema italiano y español en relación al argumento de nuestra investigación viene proyectada desde el inicio de la misma, habiéndose realizado dos estancias de investigación por un periodo total de 12 meses en la Universidad de Bolonia (Italia). El estudio directo de las fuentes en aquel país ha posibilitado la exposición de una verdadera perspectiva comparada en nuestra investigación.

2. Principales diferencias con el ordenamiento español

Como se ha dicho, los ordenamientos español e italiano a pesar de la cercanía geográfica y cultural, parten de premisas diferentes; lo que hace imposible trasladar todos los principios de la Ley Concursal al contexto italiano.

2.1. La fragmentación del sistema concursal en Italia

Iniciando el análisis de estos aspectos por el *principio de unidad*, se reconoce rápidamente que a pesar de la falta de efectividad del mismo en Derecho español, la concepción es distinta a la del ordenamiento italiano. Es claro que los sistemas español e italiano van a comenzar a construirse sobre bases diferentes. Mientras que en la LCon, con más o menos acierto se ha intentado crear una suerte de procedimiento único, simplificando el amplio espectro de normas con implicaciones concursales existentes antes de 2003, buscando de evitar la distinción entre los deudores comerciantes o particulares y ahorrándose la configuración de varios cauces procesales, no ha sucedido así con el Derecho concursal italiano.

Aunque en nuestro estudio se niegue la efectividad de este principio de unidad en la LCon salvo en dos ámbitos –el semántico y el jurisdiccional–, ni siquiera en el campo terminológico se sigue esa estela en Derecho italiano. Ni mucho menos se ha hecho ningún intento de acercarse a los sobrevalorados conceptos por parte del legislador español de unidad legal, procedimental y de disciplina. Todo lo contrario, el ordenamiento italiano parte del fraccionamiento de las normas concursales y del tratamiento diferenciado de los deudores según su naturaleza o sus condiciones especiales. Así, encontramos procedimientos dirigidos al comerciante, procedimientos dirigidos al consumidor o al pequeño empresario, a las grandes compañías, etc. No existe por tanto un procedimiento único, ni una disciplina única⁹⁴⁶, ni tampoco una sola norma al respecto. Cada procedimiento va a responder a una necesidad concreta, y va a

⁹⁴⁶ Las diferencias en el tratamiento jurídico de la insolvencia civil y la insolvencia comercial (con normas especialmente rigurosas para ésta última) se gesta en el medioevo, manteniéndose en Italia hasta la actualidad a pesar de las críticas. FRASCAROLI SANTI, E., *Insolvenza e crisi dell'impresa*, Padova, CEDAM, 1999, pág. 17.

tener una denominación y unas reglas especialmente diseñadas para tratar de dar respuesta a aquél.

En Italia, la *Legge Fallimentare*⁹⁴⁷ (LF) es la norma principal en materia de concurso, ocupándose principalmente de la *procedura di fallimento*, el procedimiento concursal básico sobre el que se construye el sistema concursal italiano, que está dirigido al deudor que, teniendo la condición de comerciante, cumpla determinadas condiciones patrimoniales de volumen de ingresos, deudas, etc⁹⁴⁸. Ahora bien, el presupuesto subjetivo al que se ha hecho alusión obliga a considerar el proceso de *fallimento* como un procedimiento de insolvencia dirigido no a todo comerciante, sino al comerciante de ciertas dimensiones, excluyéndose las entidades públicas. En cuanto al resto de requisitos para declarar el *fallimento*, en el artículo 5 LF⁹⁴⁹ se encuentra el presupuesto objetivo que, coincidiendo con el español, es el estado de insolvencia del deudor. El precepto, aunque hace referencia a los incumplimientos –u otros hechos externos– como elemento principal para revelar la insolvencia, mantiene las mismas cautelas que la LCon en la relación incumplimiento/insolvencia⁹⁵⁰. Si bien se considera el incumplimiento como el medio clásico a través del que se manifiesta el estado de insolvencia, éste solo es relevante cuando el deudor no se encuentra en condiciones de satisfacer regularmente las obligaciones⁹⁵¹. En lo que sí se distinguen ambos sistemas es en que las manifestaciones externas de la insolvencia están más tasadas en nuestra

⁹⁴⁷ Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, publicado en *Gazzetta Ufficiale* del 6 de abril de 1942, n. 81.

⁹⁴⁸ El artículo 1 LF se encarga de señalar tres criterios alternativos para admitir la sujeción a *fallimento* del empresario: un activo patrimonial no superior a trescientos mil euros en los tres ejercicios precedentes; ingresos brutos anuales inferiores a doscientos mil euros también en los tres ejercicios precedentes; una cifra de deudas no vencidas inferior a quinientos mil euros. Para el análisis de dichas condiciones –poco después de su establecimiento en 2006–, *vid.* PANZANI, L., “Le imprese soggette al fallimento”, *La riforma organica delle procedure concorsuali* (a cura di BONFATTI, S. e PANZANI, L.), Milano, IPSOA, 2008, págs. 17 y ss.

⁹⁴⁹ Artículo 5 LF: “L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito.

Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”.

⁹⁵⁰ Ya hemos analizado en la Ley Concursal cómo no todo incumplimiento lleva a la insolvencia y cómo la insolvencia no conlleva siempre un incumplimiento.

⁹⁵¹ Es la misma previsión que encontramos en el artículo segundo de la LCon. También interpreta la doctrina italiana en este sentido la literalidad de la LF. Por todos, CAMPOBASSO, G. F., *Diritto commerciale. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali* (a cura di CAMPOBASSO, M.), Tomo III, Torino, UTET Giuridica, 2014, págs. 343-345.

normativa, a través del artículo 2.4 LCon, a diferencia de la legislación italiana en que la interpretación se hace, sin perder rigor, de una forma más libre. Otra diferencia importante es el establecimiento en la propia *Legge Fallimentare* de un criterio corrector del presupuesto objetivo en relación a los incumplimientos del deudor. Este criterio consiste en la imposibilidad de iniciarse el procedimiento cuando el conjunto de deudas vencidas y no pagadas del deudor sean inferiores –en total– a treinta mil euros⁹⁵². El legislador italiano es consciente de la estrecha vinculación entre incumplimiento e insolvencia, y aunque no los haga converger absolutamente, gestiona mecanismos que articulan dicha vinculación⁹⁵³.

No obstante, el *fallimento* (asimilable a nuestra vieja quiebra), es tan solo una pieza de la institución concursal, que cubre un espacio, el de la insolvencia comercial. Existen en el sistema concursal italiano otros procedimientos de naturaleza concursal; aplicándose algunos de ellos a comerciantes en función de condiciones especiales, mientras que otros se emplean con deudores civiles. De modo que cada procedimiento va a responder a un tipo de sujeto específico o a una clase de insolvencia o desequilibrio patrimonial con sus propias características. El conjunto de procedimientos de esta naturaleza reciben la denominación de *procedure concorsuali*; dejándose notar, el adjetivo *concorsuale* como comprensivo de toda la realidad jurídica aplicable al problema de la insolvencia, sea desde el ámbito que sea y con cualquier tipo de mecanismos⁹⁵⁴. Algunos de estos institutos se encuentra en la propia LF, mientras que

⁹⁵² Artículo 15 LF: “Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro trentamila. Tale importo è periodicamente aggiornato con le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 1”.

⁹⁵³ En concreto la medida puede resultar interesante, incluso de cara a su importación, en tanto que supondría una importante descarga de procedimientos concursales en los tribunales competentes para conocer de ellos. En estos procesos de escasa cuantía, el interés público quedaría en un segundo plano, siendo su impacto sobre la economía bastante limitado. No obstante, esta circunstancia obligaría a prever otro tipo de proceso para las insolvencias de menor tamaño, donde no parece razonable que exista un vacío de Justicia.

⁹⁵⁴ Sobre la cuestión terminológica y el uso del adjetivo *fallimentare* de forma estricta, o bien en sentido amplio, haciendo referencia a todos los procedimientos de insolvencia, *vid.*, TEDESCHI, G. U., *Manuale del nuovo Diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 2006, pág. 5.

otros cuentan con una normativa especial⁹⁵⁵. A continuación enumeramos cuáles son y dónde podemos encontrar su régimen jurídico completo.

– *Concordato preventivo*: en los artículos 160-186 bis de la propia *Legge Fallimentare* se encuentra regulado el llamado *concordato preventivo*; un procedimiento dirigido a la consecución de una solución negociada entre deudor y acreedores. En este caso, el presupuesto objetivo del procedimiento cambia, para identificarse con un concepto inexistente o al menos sin traducción jurídica relevante en la legislación española, el estado de crisis. Se trata de un desequilibrio patrimonial más amplio que la insolvencia⁹⁵⁶ y que no se traduce siempre en una incapacidad absoluta de pago, sino que puede consistir en una situación de dificultad temporal y reversible de llevar a cabo el cumplimiento de las obligaciones en manera regular⁹⁵⁷. El proceso se desarrolla en dos fases principales, una primera en que la “reunión de acreedores” aprueba la propuesta de *concordato*, y una segunda en que la autoridad judicial homologa dicho acuerdo⁹⁵⁸. Se trata de un instituto concursal complejo y de larga duración, vinculándose a todos los acreedores al mismo. Además, el control judicial no es meramente formal, vigilándose también la ejecución del plan.

⁹⁵⁵ Además, el texto básico del Derecho común italiano, su Código Civil, alberga importantes normas de Derecho concursal, sobre todo en lo relativo al régimen de privilegios.

⁹⁵⁶ La existencia de este estadio es una de las diferencias fundamentales entre los ordenamientos italiano y español. Las dudas sobre su interpretación provocaron la modificación del artículo 160 LF para determinar, a efectos del presupuesto objetivo del *concordato preventivo*, que el estado de crisis engloba también la insolvencia. Se entiende así que realmente se trata de un concepto no opuesto al de insolvencia, sino más amplio. El estado de crisis ha sido un concepto muy estudiado por la doctrina y jurisprudencia italiana (por todos, PANZANI, L., “Le imprese soggette...” *op. cit.*, pág. 42). Para GALGANO, la crisis de empresa se define aludiendo a una situación en la que aquella no puede seguir en el mercado porque sus productos ya no son competitivos por motivos de calidad o precio, con respecto a las empresas de la competencia, no pudiendo el empresario –por falta de capacidad o de medios financieros– acometer una reestructuración de la organización productiva, la reconversión productiva, o la actualización tecnológica del proceso. GALGANO, F., *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, Zanichelli, 2013, pág. 323.

⁹⁵⁷ CAMPOBASSO, G. F., *Diritto commerciale... op. cit.* pág. 423.

⁹⁵⁸ Sobre la necesidad y objeto del juicio de homologación: FABIANI, M., “Causa del concordato preventivo e oggetto dell'omologazione”, *Le nuove leggi civili commentate*, XXXVII, nº 3, 2014, págs. 607 y ss.

– *Accordi di ristrutturazione dei debiti*: creado en 2005⁹⁵⁹, este tipo de acuerdos de reestructuración se sitúa en el artículo 182 bis *Legge Fallimentare*. También se dirige al comerciante en estado de crisis⁹⁶⁰ e implica una solución pactada entre deudor y acreedores, aunque solo vincula a quienes suscriban el acuerdo. Por su parte, la homologación judicial en este caso no comporta un examen tan profundo (ni la vigilancia sobre el cumplimiento del plan), sino un control únicamente formal. Este procedimiento se caracteriza por requerir el apoyo de al menos el 60% de los acreedores, debiendo satisfacerse los créditos de los acreedores extraños al acuerdo en un plazo de 120 días, que opera como una moratoria⁹⁶¹. Los acuerdos de reestructuración han sido calificados por la doctrina italiana como un instituto que demuestra el deseo del legislador de regular la crisis de empresa a partir de instrumentos concordatarios y en cierto modo extrajudiciales, con la consiguiente superación del paradigma de la “indisponibilidad de la insolvencia”⁹⁶². Este instrumento, que siendo un acuerdo privado mantiene una discutida autonomía respecto del *concordato preventivo*, tiene naturaleza concursal por cuanto busca responder tanto a los intereses individuales, como al interés colectivo y público presentes en este tipo de procesos (dada la existencia de una fase de control judicial –formal– del acuerdo).

– *Liquidazione coatta amministrativa*: se trata de un procedimiento concursal radicalmente diferente al que podríamos denominar tipo básico –*fallimento*–, tanto en sus presupuestos como en su naturaleza y desarrollo. No comporta un instrumento que pueda asimilarse a una institución jurídica netamente privada ya que es una liquidación de carácter administrativo, que no tiene lugar en sede judicial sino ante una autoridad administrativa. La *liquidazione coatta amministrativa* se dirige a determinados perfiles de deudor, cuando éstos caen en insolvencia, crisis, irregularidades en la gestión, etc⁹⁶³.

⁹⁵⁹ Introducido en la LF con el Decreto Legge 14 marzo 2005, n. 35; convalidado con modificaciones con la Legge 14 maggio 2005, n. 80.

⁹⁶⁰ Sobre la traducción al ámbito de los acuerdos de reestructuración del concepto amplio de estado de crisis que obra en el artículo 160 LF en relación al *concordato preventivo*, *vid.*, FRASCAROLI SANTI, E., “Articolo 182 bis...” *op. cit.*, págs. 1235-1237.

⁹⁶¹ Contados desde la homologación del acuerdo (para deudas vencidas), o bien desde el vencimiento del crédito si tiene lugar después de aquélla.

⁹⁶² FRASCAROLI SANTI, E., “Articolo 182 bis...” *op. cit.*, pág. 1229.

⁹⁶³ En cuanto al presupuesto objetivo, utiliza el artículo 2.1 LF un reenvío a la normativa especial para disponer la sujeción a este procedimiento y sus condiciones en cada caso.

Así, suele aplicarse a las empresas públicas o privadas donde el control es público; no obstante, las leyes especiales marcan la sujeción de otros tipos de empresas a la disciplina⁹⁶⁴. Por tanto, nos encontramos con un procedimiento donde lo que predomina es el interés público en liquidar determinadas empresas, dedicadas a sectores o actividades cuya relevancia social las hace susceptibles de un régimen específico en materia de insolvencia. La posibilidad de concurrir, en relación a mismo deudor, los presupuestos de *fallimento* y de *liquidazione coatta amministrativa* podría originar conflictos en cuanto a la aplicación de uno u otro instituto. La *Legge Fallimentare*, señala al respecto en su artículo 2 que existe una regla general por la que el deudor sujeto a la liquidación administrativa, no puede ser declarado *fallito*. No obstante, existiendo algunas excepciones a esa regla, se dispone que para los casos en que la ley admita ambas posibilidades, el inicio de una de ellas impide que la otra pueda entrar en juego⁹⁶⁵.

– *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*⁹⁶⁶: aparece en el sistema concursal italiano en 1979⁹⁶⁷, para reformarse profundamente en 1999 con la llamada *Legge Prodi bis*⁹⁶⁸. Su razón de ser la encontramos en la falta de previsiones de los procedimientos anteriores, en el sentido de asegurar la continuidad de un patrimonio productivo, el aseguramiento de los puestos de trabajo, en definitiva, la continuidad empresarial. Se trata de un instituto concursal de naturaleza mixta, judicial y administrativa, desarrollado en dos fases. En la primera el órgano jurisdiccional debe evaluar y declarar la situación de insolvencia del deudor; mientras que en la segunda

⁹⁶⁴ Es el caso de las empresas bancarias (artículos 80 y ss del *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, aprobado por decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385; en adelante Tub), aseguradoras (artículos 245 y ss del *Codice delle assicurazioni private*, aprobado por decreto legislativo 7 agosto 2005, n. 209, en adelante Cod. ass.), y otros intermediarios financieros como sociedades de inversión en capital variable, gestión de ahorros, Sicav, etc. (artículo 57 del *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, aprobado por decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; en adelante Tuf).

⁹⁶⁵ Artículo 196 LF: “Per le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa, per le quali la legge non esclude la procedura fallimentare, la dichiarazione di fallimento preclude la liquidazione coatta amministrativa e il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa preclude la dichiarazione di fallimento”.

⁹⁶⁶ Para profundizar en este tipo de procedimiento concursal, *vid.*, MARRAFFA, R., *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁹⁶⁷ Legge 3 aprile 1979, n. 95.

⁹⁶⁸ Decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270.

tiene lugar la verdadera administración extraordinaria a través de un *commissario straordinario*, instancia que establece el plan para restaurar la salud patrimonial del deudor y gestiona el procedimiento (manteniéndose la actividad económica). Los presupuestos de la administración extraordinaria se concretan, además de en la sujeción del deudor a *fallimento* y de la insolvencia del mismo (extremo que se constata en la primera fase), en la superación de ciertos márgenes establecidos legalmente y que justifican la aparición de una nueva forma de concurso. Estos criterios se encuentran en el artículo 2 del decreto legislativo 270/1999⁹⁶⁹, y se refieren a: número de trabajadores –no inferior a doscientos– y volumen de deudas –no inferiores a dos tercios del activo en el último ejercicio–. Además de esas condiciones, el artículo 27 requiere que aun en situación de insolvencia existan perspectivas favorables a la recuperación económica de la empresa. Por tanto, se trata de un procedimiento que, parafraseando el primer artículo del Decreto, se dirige a las grandes empresas insolventes, con una finalidad conservativa del patrimonio productivo mediante la continuación, reactivación o reconversión de la actividad empresarial.

En 2003, la *Legge Marzano*⁹⁷⁰ crea un tipo especial de administración extraordinaria, que trata de paliar las disfunciones introducidas por la extensión en el tiempo de los trámites que conforman el procedimiento. En este sentido, aparece un proceso “acelerado” para empresas de gran tamaño, destacando entre sus reglas especiales la admisión directa –tras petición del propio deudor– de la administración extraordinaria por parte del Ministerio de desarrollo económico –*Ministero dello sviluppo economico*– con el objeto de reequilibrar rápidamente la situación patrimonial.

⁹⁶⁹ Artículo 2 d. lgs. 270/1999: “Possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria, alle condizioni e nelle forme previste dal presente decreto, le imprese, anche individuali, soggette alle disposizioni sul fallimento che hanno congiuntamente i seguenti requisiti:

- a) un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a duecento da almeno un anno;
- b) debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio”.

⁹⁷⁰ Decreto Legge 23 dicembre 2003, n. 347 –*Decreto Marzano*– (convalidado por Legge 18 febbraio 2004, n. 39)

La autoridad judicial juega un papel *ex post*, verificando a posteriori el estado de insolvencia del deudor⁹⁷¹.

– *Procedure delle crisi da sovraindebitamento*: recientemente se han creado en el ordenamiento italiano otros mecanismos (nótese el plural) de naturaleza concursal que tienen como objetivo el tratamiento de situaciones de insolvencia o asimilables, en relación a sujetos que no reúnen las condiciones para quedar bajo ninguno de los procedimientos descritos. Fundamentalmente, nos referimos a los no comerciantes –o comerciantes a pequeña escala–, cuya presencia en la realidad concursal italiana tiene reflejo legal en la Legge 27 gennaio 2012, n. 212, que recoge tres institutos concursales dedicados a quienes no ostentan la condición de comerciante o empresario de ciertas dimensiones (lo que les haría estar sujetos al *fallimento* u otros procedimientos). Estas tres modalidades o formas de expresión del concurso en Italia, son: *la procedura di liquidazione del patrimonio*, como procedimiento de naturaleza liquidatoria; *l'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento*, donde se suscribe un plan negociado y aceptado por el deudor y los acreedores (en sentido similar al *concordato preventivo*); *il piano del consumatore*, reservada a los consumidores no culpables de su situación económica, con la particularidad de que el plan predispuesto por el deudor solo necesita para su efectividad la homologación judicial (se salta la voluntad de los acreedores). En todos ellos está presente el término *sovraindebitamento* como presupuesto objetivo, que se define en la norma como una situación de desequilibrio entre las obligaciones asumidas y el patrimonio realizable para hacerles frente, lo que determina una importante dificultad para cumplir las propias obligaciones, o incluso una incapacidad definitiva de cumplimiento regular⁹⁷². De modo que se trata de un requisito amplio, en el que pueden entrar problemas económicos de diferente índole, desde la iliquidez, hasta la efectiva insolvencia.

Con este repaso a los diferentes procedimientos concursales en el ordenamiento italiano, podemos negar sin ninguna duda la existencia de un principio de unidad en su

⁹⁷¹ Por tanto en este tipo de administración extraordinaria no se enjuician las condiciones de recuperación concretas de la empresa insolvente.

⁹⁷² Artículo 6.2 Legge 3/2012: “situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni”.

sistema concursal. Pero no solo eso, sino que estamos en mejores condiciones de enjuiciar el nuestro. En este trabajo se ha negado en líneas generales la efectividad del principio de unidad en Derecho español, referido a las tres manifestaciones clásicas del mismo, reconocidas por la legislación y la doctrina (unidad legal, de disciplina y de procedimiento). No obstante, tras conocerse el esquema general del sistema en Italia nos permitimos valorar aun más el intento del legislador español, que aunque no consigue instaurar un sistema unitario con respecto a los extremos mencionados, sí que lleva a cabo una importante simplificación de la institución concursal. En cuanto a Italia, se evidencia una radical diferencia con el ordenamiento español, y es que el legislador no ha intentado partir de un principio de unidad a la hora establecer el tratamiento jurídico de la insolvencia. La norma fundamental en Italia, la *Legge Fallimentare*, fue promulgada en el año 1942, lo que determina aun con la multitud de reformas a la que se le ha sometido, que el sistema italiano es heredero de una concepción de Derecho concursal que triunfaba durante el siglo pasado también en nuestro país, en el que se separaba de manera clara la insolvencia civil de la insolvencia comercial. Las reformas han adaptado las reglas concursales a los nuevos tiempos, pero la base sobre la que se crean los diferentes institutos concursales sigue siendo la misma que a mediados del siglo XX. De este modo, no existe unidad legal ya que se encuentran las normas referentes a los procedimientos concursales en distintas leyes; ni unidad de disciplina, dado el tratamiento absolutamente diferenciado para el consumidor o el deudor no empresario, de los comerciantes (también dentro de este grupo hay diferencias según el volumen de negocios, deudas, etc.); ni unidad de procedimiento, en virtud del número de institutos concursales y las diferencias previstas para deudores especiales (entidades bancarias, aseguradoras, etc.). Del mismo modo, tampoco responde el sistema italiano a las dos manifestaciones del principio de unidad que sí hemos reconocido con respecto al ordenamiento español: la unidad de denominación y la unidad jurisdiccional. En cuanto a la primera, sobra cualquier explicación en vista de la coexistencia de distintos procesos de insolvencia, cada uno con nombres y características propias. Sobre el segundo, es imposible hablar de una unidad jurisdiccional en relación a una institución dividida o compartimentada en distintos procedimientos, siendo algunos de ellos de naturaleza administrativa; no solo es que no exista unidad jurisdiccional, sino que el concurso en Italia no es en todo caso un proceso de la naturaleza judicial⁹⁷³.

⁹⁷³ Por lo demás, en relación a la cuestión jurisdiccional podemos señalar que para el *fallimento* se prevé

Algunos autores han tratado en Italia la posibilidad de considerar de manera unitaria el procedimiento concursal en base a determinados hechos o efectos comunes que acaecen en todo tipo proceso de tal naturaleza. En este sentido, se ha hecho alusión a: prohibición de acciones ejecutivas individuales, represión de actos que alteren la *par conditio creditorum*, insensibilidad del patrimonio sujeto al procedimiento a la asunción de nuevas obligaciones, *ultractividad* de la regla del concurso después de la finalización del procedimiento y la especificidad de la represión penal⁹⁷⁴. De otro lado, existen también, al hilo de determinados proyectos, estudios que valoran la posible unificación de procedimientos concursales, principalmente en materia de crisis de empresa⁹⁷⁵. En cualquier caso, se trata de meras construcciones doctrinales, que se topan con una realidad concursal muy fragmentada en cuanto a todos los criterios que pueden servir para enjuiciar la unidad del sistema.

Por tanto la unidad, o pretendida unidad del concurso en España, viene dada por una actividad legislativa que en nuestro país, al inicio del siglo XX no cristalizó en más reformas de nuestro maltrecho Derecho concursal, sino en la refundación de la disciplina sobre nuevos paradigmas que, con mayor o menor grado de cumplimiento, se diferencian de aquéllos que basan el sistema en Italia. El análisis de este ordenamiento extranjero se complica ante la existencia de diferentes procedimientos de naturaleza concursal. Ello nos obliga a centrarnos principalmente en el instituto básico, el *fallimento* (quiebra comercial), aunque también haremos las referencias precisas al resto de procesos, siempre que los argumentos lo requieran.

una competencia similar a la del Juez español, incluso se ha hablado de la *vis attrativa* para hacer referencia a la previsión del artículo 24 LF: “Il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore”. Aun habiendo sido reformado el tenor literal del precepto, se mantiene este elemento en su análisis desde hace décadas. *Vid.*, PROVINCIALI, R., e RAGUSA MAGGIORE, G., *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Padova, CEDAM, 1988, pág. 50.

⁹⁷⁴ DIDONE, A., “Ragionevole durata del (giusto) processo concorsuale”, *Le riforme e tecniche dei processi civili* (a cura di DIDONE, A.), Torino, UTET Giuridica, 2009, págs. 40-41.

⁹⁷⁵ SPARANO, V. e SPARANO, B., *La modifica delle situazioni giuridiche nelle procedure concorsuali*, Padova, CEDAM, 2002, págs. 28-40.

2.2. Justicia rogada: problemas de legitimación activa y conjunción de intereses públicos o privados

El principio de rogación es un axioma que, aplicado al concurso, se traduce en la necesidad de una solicitud de parte para que efectivamente pueda iniciarse el juicio universal. Su impacto en la vertiente sustantiva del concurso es más relevante de lo que puede parecer inicialmente, ya que expresa la “voluntariedad” de la institución concursal, y con ella su carácter privado. No hemos negado la existencia de múltiples intereses en los procesos de insolvencia, al contrario, se constata la existencia de intereses individuales, colectivos e incluso un interés general que el Estado protege. Ahora bien, para que pueda iniciarse la tutela de todos ellos, la Ley Concursal determina la necesidad de una acción por parte de alguno de los legitimados para ello. En nuestra opinión, *la declaración del concurso de oficio solo podría responder a una novedosa concepción de la insolvencia como un problema de interés público, en detrimento de las relaciones económicas entre las partes implicadas*⁹⁷⁶. Así, entendemos la rogación en este ámbito como la garantía para el ciudadano de que el Estado no puede intervenir en sus asuntos económicos ni en sus relaciones con otros operadores del mercado, a no ser que sea expresamente solicitado por alguna de las partes implicadas.

En Italia, si analizamos la evolución de la *procedura* principal, el legislador eliminó en el año 2006 la posibilidad de iniciar el *fallimento* de oficio por el Tribunal⁹⁷⁷. De este modo, en el artículo 6 LF cuya redacción venía siendo criticada desde antiguo⁹⁷⁸, quedan como legitimados para solicitar la apertura del *fallimento*: el deudor, uno o más acreedores y el *Pubblico Ministero* (que podemos asimilar al Ministerio Fiscal). En este sentido, parece que el legislador italiano se intenta acercar a la *ratio* de la Ley Concursal, para tratar de otorgar consideración privada del procedimiento concursal, al menos en lo que respecta a su inicio. La medida fue justificada en base a diversos extremos: la instauración de un control no absoluto ni invasivo por parte del poder público, esto es, equilibrando las facultades o poderes entre el Juez y las partes en

⁹⁷⁶ Capítulo V (Principio de rogación) de este trabajo.

⁹⁷⁷ Artículo 4 decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5.

⁹⁷⁸ PROVINCIALI, R., *Trattato di Diritto Fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1974, pág. 442.

el juicio de insolvencia⁹⁷⁹; el respeto al artículo 111 de la Constitución de la República Italiana (CI), que exige un proceso justo y la imparcialidad del Juez⁹⁸⁰; y el favorecimiento de la conservación de empresa⁹⁸¹. Siguiendo a JORIO, la eliminación del concurso “de oficio” fue extendiéndose al resto de procedimientos concursales, compatibilizando la concepción del resto de institutos con el *fallimento*⁹⁸². Se promulgaron normas para seguir la línea abierta por el d. lgs. 5/2006⁹⁸³, abrogando las posibilidades del órgano jurisdiccional de dar inicio por sí mismo a las distintas formas de concurso⁹⁸⁴. Parece que así se perseguía una valorización de la vertiente privada en el tratamiento de la insolvencia, con lo que podríamos pensar que en el mismo sentido que España, opera el principio rogatorio.

No obstante, existen algunas circunstancias que en nuestra opinión van a dar un perfil distinto a los ordenamientos italiano y español, pese a las cuestiones que acaban de ser tratadas y que llevan en primer término a asegurar erróneamente la identidad entre ambos. En particular, encontramos tres circunstancias que desvirtuarían el principio rogatorio en el sistema concursal italiano:

– La iniciativa del Ministerio Fiscal nos hace dudar si realmente el legislador italiano ha conseguido configurar una institución de carácter privado, o si bien está integrando, a través de esa vía, una fuente de intervencionismo en materia de legitimación, único reducto que en el sistema español queda al arbitrio de las partes. El

⁹⁷⁹ FABIANI, M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011, pág. 133.

⁹⁸⁰ A pesar de que la jurisprudencia venía admitiendo la declaración de *fallimento* de oficio como perfectamente compatible con el artículo 111 CI, la doctrina se mostró absolutamente contraria, lo que llevó finalmente al legislador a seguir el criterio de ésta. MONTANARO, M., “Il procedimento per la dichiarazione di fallimento”, *Le riforme e tecniche dei processi civili* (a cura di DIDONE, A.), Torino, UTET Giuridica, 2009, págs. 167-168.

⁹⁸¹ *Vid. Supra*, pág. 171.

⁹⁸² DONGIACOMO, G., “L’iniziativa per la dichiarazione di fallimento. L’iniziativa del pubblico ministero”, *Fallimento e concordato fallimentare* (a cura di JORIO, A.), Tomo I, Torino, UTET Giuridica, 2016, pág. 377.

⁹⁸³ Por ejemplo, ante la inadmisibilidad de la solicitud de *concordato preventivo*, el artículo 162 LF recoge la necesidad de una instancia por parte de un acreedor o el Ministerio Fiscal, para poder declararse el *fallimento*, tal y como introdujo en el precepto el decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169.

⁹⁸⁴ De hecho la legitimación se reduce tanto en determinados casos, que en los procedimientos de naturaleza negocial, como el *concordato preventivo* o *gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, la legitimación activa es exclusiva del deudor.

problema no es desconocido en Italia, siendo posible encontrar algunos apoyos doctrinales en la consideración de la iniciativa del Ministerio Fiscal como un desvalor para el principio de rogación –o una negación del mismo–. En particular, PROVINCIALI, aunque expresó su opinión al respecto en una época muy anterior a la confección de los actuales artículos 6 y 7 LF, ponía de manifiesto claramente que la legitimación del Ministerio Fiscal se trataba de una mera indicación, en base a la que la declaración de concurso –*fallimento*– tenía lugar de oficio⁹⁸⁵. Entendemos que estas motivaciones son las que producen que hoy en día el reconocimiento de legitimación activa concursal al *Pubblico Ministero* venga acompañada por unos claros límites; y es que solo podrá activarse tal facultad en dos casos (artículo 7 LF). En primer lugar si la insolvencia se pone de manifiesto en el transcurso de un procedimiento penal, o si el empresario se fuga o se esconde, o bien por la disminución fraudulenta de su activo. En segundo lugar, se permite dicha iniciativa cuando la insolvencia es señalada por un Juez que así lo ha constatado durante un proceso de naturaleza civil. En la práctica, el Ministerio Fiscal recibe la indicación del Juez que ha conocido el proceso civil, para posteriormente evaluar y llevar a cabo, en su caso y con autonomía y discrecionalidad en la valoración de las circunstancias, la solicitud al Tribunal del concurso⁹⁸⁶. A pesar de esa libertad, parece que se está recortando así el margen de actuación de un ente que representa intereses supraindividuales, en pos de un concepto privado del proceso de insolvencia. Aunque todas estas cautelas no terminan de convencernos sobre la posibilidad de trasladar el principio rogatorio al *fallimento*. En nuestra opinión, debe prevalecer la idea de que el Ministerio Fiscal encarna el interés público de un modo tan irrenunciable que, aun existiendo casos tasados para darse tal iniciativa, nos parece una intromisión del poder público que sería inaceptable desde el punto de vista de un

⁹⁸⁵ PROVINCIALI, R., *Trattato di Diritto...op. cit.*, pág. 442. Además, se quejaba también el autor de una circunstancia que en parte aun no ha sido corregida, como es la terminología del artículo 6 LF. En este punto, lamenta la falta de atención a la doctrina que reclamaba el uso del término *domanda* en lugar de *richiesta*, que entonces se aplicaba a la solicitud del deudor. Aun hoy se mantiene el término *richiesta* aunque aplicado a la iniciativa del *Pubblico Ministero*, mientras que *ricorso* sigue usándose en relación a los acreedores, habiendo extendido su radio de acción también al deudor. En definitiva, siguen conviviendo términos que ya en 1974 produjeron la crítica de la doctrina, sin incorporarse el vocablo *domanda*.

⁹⁸⁶ FABIANI, M., *Diritto fallimentare... op. cit.*, pág. 140.

sistema que propugnara el principio de rogación⁹⁸⁷. En segundo lugar, los límites impuestos por el artículo 7 LF no comportan únicamente casos extraordinarios, sino que pueden albergar un buen número de supuestos, con lo que la posible excepcionalidad quedaría también en tela de juicio. Finalmente, que uno de los límites suponga la posibilidad de un Juez que ha observado una situación de insolvencia en el marco de un litigio civil, para señalar al Ministerio Fiscal tal situación y que éste proceda, si lo estima, a presentar solicitud al Tribunal del concurso, es un contexto verdaderamente *sui generis* en una cuestión de Derecho privado. En tal previsión, no se llega a salir en ningún momento del circuito de poderes que encarnan al Estado, de modo que el límite a la actuación del Ministerio Fiscal tiene un efecto contrario, ya que no se promociona el *fallimento* como un procedimiento de iniciativa privada, sino que se está dando carta blanca a la jurisdicción para que de acuerdo con el Ministerio Fiscal, puedan “usurpar” a las partes la legitimación activa concursal. Lo que queremos mostrar es cómo este segundo límite establece una suerte de concurso *quasi* de oficio –en lo que respecta al principio rogatorio–, donde la prerrogativa, en vez de estar acumulada en el Tribunal que va a dirigir el proceso de insolvencia, se encuentra fragmentada entre diversos órganos que son igualmente expresión del poder público (Judicatura y Ministerio Fiscal). Por tanto creemos imposible e irreconciliable la actual composición de legitimados en el *fallimento* con el principio de rogación que rige en la LCon respecto de este tema y que, precisamente, tiene como principal consecuencia material o sustantiva la disposición del proceso para el deudor y sus acreedores, esto es, la aplicación real del principio dispositivo en una materia de Derecho privado.

–Por otro lado, el ejercicio de coherencia legislativa en los años posteriores a 2006 para trasladar abolición de la apertura de oficio no fue completa. Encontramos un procedimiento concursal en que no se ha producido dicha adaptación: la administración extraordinaria de grandes empresas. Se reconoce expresamente la iniciativa de oficio para la *amministrazione straordinaria* en el artículo 3.1 del decreto legislativo 270/1999. Es lo que MONTANARO ha calificado como una distinta valoración del

⁹⁸⁷ Recogiendo la ya citada tesis de PROVINCIALI, según la cual –y con las salvedades expresadas por el ámbito temporal de ésta– la iniciativa del Ministerio Fiscal consistía, de facto, en un supuesto de declaración de oficio en relación al concurso. Igualando ambas posibilidades en cuanto a sus efectos sobre el principio dispositivo: FERRARA jr, F. e BORGIOI, A., *Il Fallimento*, Milano, Giuffrè, 1995, págs. 44-45.

interés público, que lógicamente para el legislador no es el mismo en el concurso de empresas de tamaño medio, que en empresas de grandes dimensiones⁹⁸⁸. De nuevo, se detectan elementos que nos impiden reconocer la efectividad del principio de rogación tal y como sucede en el ordenamiento español. Queda patente la relevancia que el sistema italiano otorga al interés público en el tratamiento jurídico de la insolvencia, manifestándose en la iniciativa de oficio cuando dicho interés se acrecienta, esto es, ante la insolvencia de las empresas de mayor tamaño (con más empleos en juego y cuyo efecto sobre la economía puede ser mayor). Desconfía el ordenamiento en Italia de la capacidad del mercado al respecto, constatándose una preferencia por la intervención directa cuando el volumen del problema lo aconseja, extremo que, siendo perfectamente admisible, es incompatible con el principio dispositivo que rige en cuestiones de naturaleza privada.

– La doctrina italiana recuerda que la *Legge Fallimentare* mantiene aún un supuesto en que podríamos considerar la declaración de oficio, relativa a la extensión del procedimiento a los socios personalmente responsables de la sociedad incurso en un proceso de este tipo⁹⁸⁹. Así lo prevé el artículo 147 LF, que establece la extensión automática del *fallimento* de una sociedad colectiva, comanditaria simple o comanditaria por acciones, de los socios ilimitadamente responsables. En este caso faltaría una solicitud o demanda específica respecto de dichos socios, de modo que tampoco aquí operaría el principio de rogación. En sentido totalmente contrario, recuérdese que en el artículo 25 bis de la Ley Concursal española se exige, para acumular procedimientos –entre los que se encuentra el concurso de “administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica”–, la solicitud mediante escrito razonado por parte del concursado, o bien de la administración concursal.

Finalmente, y aunque no se corresponda absolutamente con el principio de rogación, resulta necesario precisar una de las características que en opinión de un

⁹⁸⁸ MONTANARO, M., “Il procedimento per...” *op. cit.*, págs. 171-172: *la previsione dell’art. 6 l. fall. pare il frutto della valutazione di una diversa gradazione dell’interesse pubblico, che il legislatore–con valutazione allo stesso rimessa, sebbene in conformità dei parametri costituzionali in materia– non ritiene essere lo stesso per le imprese di medie dimensioni e per quelle di grandi dimensioni.*

⁹⁸⁹ DONGIACOMO, G., “L’iniziativa per la dichiarazione...” *op. cit.*, pág. 382.

importante sector doctrinal definen el *fallimento*. Hablamos de la *officiosità*, que guarda relación con el principio dispositivo, lo que justifica una somera referencia a la misma. Esta condición del procedimiento concursal básico en Italia ha sido caracterizada aludiendo a distintas realidades, de las cuales algunas entrarían en el enjuiciamiento del principio rogatorio, mientras que otras se referirían a la aplicación –más bien inaplicación– del principio dispositivo en momentos procesales distintos al inicio del juicio universal. Se ha dicho que la *officiosità* se manifiesta en la posibilidad ya derogada de inicio de oficio del procedimiento concursal, o bien por parte del Ministerio Fiscal (que sigue vigente)⁹⁹⁰; pero también se ha relacionado con el papel pasivo de las partes una vez iniciado el procedimiento, esto es, el desarrollo de oficio del procedimiento, que no requiere la actuación en ningún sentido del deudor o sus acreedores⁹⁹¹. En nuestra opinión se trata de dos elementos distintos, aunque ambos relacionados con el principio dispositivo. Al primero de ellos hemos hecho alusión en el análisis de la LCon con la denominación de principio rogatorio; y aquí hemos sostenido que no opera tal axioma en el ordenamiento italiano. Efectivamente, el principio dispositivo ve mermado su valor en el sistema concursal de la República Italiana; y si bien el *fallimento* de oficio ha sido eliminado de la LF, aun se conserva la iniciativa del *Pubblico Ministero*, con lo cual se mantiene esa pátina de proceso público o intervenido desde sus inicios. Otros autores han preferido evitar las comparaciones entre el inicio de oficio y a instancia del Ministerio Fiscal, cambiando esa referencia en la cuestión de la *officiosità* por la idea de que el *fallimento* se trata de un proceso que no necesita título ejecutivo⁹⁹². Fuera del tema de la legitimación entramos en otras formas de expresión práctica del principio dispositivo. En este caso los ordenamientos estudiados son más similares porque cuando se ha dictado un pronunciamiento judicial de apertura, deudor y acreedores dejan de controlar el objeto del proceso. Éste se va a desarrollar de manera

⁹⁹⁰ Sobre este aspecto ya hemos señalado que algunos autores antes de la derogación de la iniciativa de oficio ya igualaban ambas posibilidades en cuanto a las consecuencias sobre la disponibilidad del proceso.

⁹⁹¹ Admitiendo la dualidad de esta característica del sistema italiano: PASTORE, F., *Lezioni di Diritto Fallimentare*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, pág. 70; CENSONI, P. F. e PACCHI, S., “Il Fallimento”, *Diritto Fallimentare* (coordinato da MAFFEI ALBERTI, A.), Bologna, Monduzzi, 2002, pág. 16.

⁹⁹² Tras la eliminación de la apertura de oficio, éste ha sido un modo en que la doctrina ha interpretado la *officiosità* en el inicio del procedimiento: CENSONI, P. F., “I caratteri del fallimento”, *Manuale di Diritto Fallimentare* (BONFATTI, S. e CENSONI, P. F.), Padova, CEDAM, 2011, pág. 9.

autónoma, sin necesidad del impulso de los principales implicados en el procedimiento. Sin embargo, y aunque sea un tema que nos lleva al problema que subyace al principio de rogación (la consideración del concurso como un proceso de jurisdicción voluntaria), va a separarse del examen estricto del principio rogatorio. Se trata de diferentes manifestaciones del principio dispositivo, siendo el momento inicial el que ha centrado nuestro interés. En cualquier caso, la *officiosità* del proceso después de iniciado va a corresponderse también con la no vigencia del principio dispositivo. Lo que diferencia el caso español es que la configuración de la legitimación activa del proceso concursal permite controlar al deudor y sus acreedores si se abre o no el concurso. Se trata de una importante facultad para las partes, que dominan sobre la existencia misma del procedimiento, mientras que en Italia existen elementos –fundamentalmente la legitimación activa del Ministerio Fiscal– que potencian la vertiente pública del *fallimento*.

2.3. Continuidad de la actividad económica del deudor

a) Conservación empresarial en el *fallimento*

En nuestro análisis del principio de conservación empresarial, hemos determinado que el sistema español ha intentado, en diferentes niveles, establecer un axioma general que implicara una tendencia de todo proceso concursal hacia la solución pactada y conservativa de la actividad económica desarrollada por el deudor. También, hemos podido constatar que tales intentos han fracasado al menos, en dos estadios diferentes: el procedimiento ordinario con la configuración de un presupuesto objetivo inadecuado y el estadio de los institutos preconcursales, cuyo efecto ha sido muy limitado. Independientemente de las perspectivas de futuro y nuevas tendencias del principio (que situamos en la venta de unidades productivas y otros medios que aseguran la continuación de la producción de bienes y servicios, aun en manos diferentes a las del deudor), entendemos que se trata a rasgos generales de un elemento que el legislador español no ha conseguido resolver, a pesar de las reformas de la LCon.

En Italia no podemos decir que el modelo concursal esté exento de críticas en relación a la posible continuidad empresarial. Es más, encontramos algunas quejas en la doctrina, que ha denunciado –así como se ha dicho del caso español– que el legislador

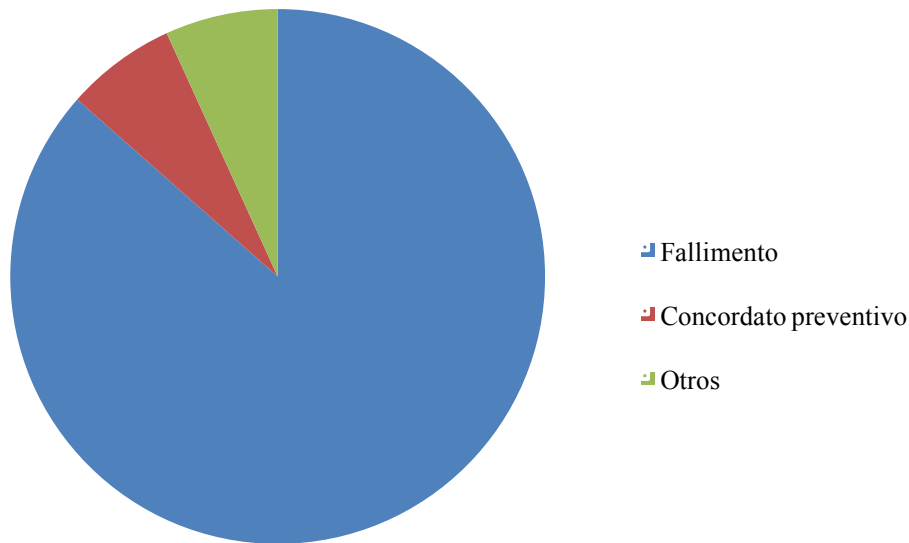
italiano, si bien ha realizado un esfuerzo por tratar de mejorar las condiciones de continuidad empresarial, no siempre ha seguido una línea unívoca, clara y acertada al respecto, constatándose algunos aspectos que dificultarían este tipo de solución al problema de la insolvencia⁹⁹³. De hecho, la realidad estadística revela que la gran mayoría de procedimientos concursales abiertos en Italia, se corresponden con el *fallimento*, que se trata como sabemos de un instituto inclinado hacia la liquidación del patrimonio del deudor. Teniendo en cuenta los primeros seis meses de 2016:

Proceso Mes (2016)	Fallimento	Concordato Preventivo	Otros
Enero	886	84	92
Febrero	1274	114	101
Marzo	1236	110	105
Abril	1085	84	60
Mayo	1269	68	104
Junio	1183	67	76
Total	6833 (86,5%)	527 (6,7%)	538 (6,8%)

Fuente: Ufficio Statistica CCIAA Bologna⁹⁹⁴; Elaboración propia

⁹⁹³ Por ejemplo: MAFFEI ALBERTI, A., “Alcune osservazioni sulla crisi dell’impresa e sulla continuazione dell’attività”, *Le nuove leggi civili commentate*, XXXVII, n° 2, 2014, pág. 306. Se ha señalado también que el *fallimento* no es un procedimiento válido como instrumento de mediación entre los diferentes intereses presentes en el concurso, habiéndose producido una reducción de su ámbito de aplicación a favor de otro tipo de procedimientos. Considerando que dichos episodios o intervenciones legislativas que tenían por objeto la salvación de empresas han estado marcadas por anomalías, VITALE, A., *I poteri delle parti nel vecchio impianto del fallimento*, Torino, Giappichelli, 2011, págs. 150-151.

⁹⁹⁴ Consulta directa a la oficina estadística de la “Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bologna”.



Elaboración propia

Con estos datos y esta representación gráfica se muestra con claridad la superioridad cuantitativa del *fallimento* dentro del conjunto de institutos concursales que existen en el ordenamiento italiano. Así, se evidencian las carencias en materia de conservación empresarial, que son evidentes en el contexto italiano⁹⁹⁵. A pesar de ello, en ningún momento se ha sostenido en este trabajo –ni siquiera en el análisis de la LCon– que la finalidad conservativa sea de fácil consecución; todo lo contrario, se valora cualquier intento de promocionar este tipo de solución concursal, dada la dificultad para maniobrar con un patrimonio que llega a la aplicación del procedimiento en una situación con muy poco margen de mejora.

Pero por encima de estas ideas, queremos destacar una circunstancia que en el análisis comparado con el ordenamiento italiano nos llama poderosamente la atención. Resulta que, en Italia, la fragmentación de la institución concursal en distintos procedimientos de naturaleza y reglas diferentes, aporta un elemento importantísimo de congruencia de cara al estudio de la continuidad de la actividad económica. El hecho de

⁹⁹⁵ La tensión entre los objetivos “conservación empresarial” y “satisfacción de los acreedores” es clara en cualquier sistema concursal; también el italiano, donde la cuestión se ha puesto de relieve en numerosas ocasiones y no solo en los estudios más recientes. Por todos, CARANO, C., *L’apertura del fallimento*, Milano, Giuffrè, 2001, págs. 14-17.

que existan varias modalidades de concurso y no se promoció obligatoriamente un concepto artificial de unidad, consigue que cada procedimiento responda a las necesidades que le dan sentido. Asistimos en el ordenamiento italiano al establecimiento de cauces cuya intención es la conservación empresarial, en una pacífica convivencia con otras opciones meramente liquidatorias. Cada procedimiento se adapta a sus objetivos y, en cualquier caso, si debiéramos tomar como ejemplo el procedimiento básico, el *fallimento*, sería palmario que su lógica no es la de la conservación empresarial, sino la liquidación de bienes y satisfacción de los acreedores. Que el *fallimento* no responde al principio de continuidad de la actividad económica es una cuestión que determina su propia naturaleza⁹⁹⁶ y la literalidad del artículo 104 LF, que regula el ejercicio temporal del comercio por parte del *fallito* (*esercizio provvisorio*). Este precepto señala que el Tribunal del concurso puede, con la sentencia que abre el procedimiento, disponer la continuación de la actividad empresarial del deudor, si de su interrupción pudiera inferirse un perjuicio a los acreedores. En principio podemos pensar que se está reconociendo esa primera faceta del principio de conservación de la actividad, que se manifestaba durante el concurso, pero no es así. En un procedimiento como el *fallimento*, cercano a la quiebra comercial y que está dirigido a la liquidación de los bienes del comerciante, la alusión al perjuicio de los acreedores está estableciendo que esa continuación solo depende de la predicción de que dicha operación supondría que el valor realizable aumentara. Solo se mantendrá la actividad si con ello pueden satisfacerse mejor los derechos de los acreedores.

Más importante aun que el hecho de que la modalidad principal de concurso en Italia no responda al principio que analizamos, es la consecuencia lógica de que no existe un axioma general en tal sentido. La conservación de la actividad económica es una opción legislativa, que necesita de medios muy cualificados para su éxito. Por tanto, en Italia encontraremos procedimientos guiados por esa idea, mientras que otros buscarán la maximización del valor del patrimonio concursado y su realización. En España sin embargo, la incongruencia viene dada por la existencia de un proclamado

⁹⁹⁶ La naturaleza liquidatoria del *fallimento* es pacíficamente aceptada. Vid: RAGONESI, V., *Manuale di Diritto e pratica fallimentare*, Milano, Pirola, 1986, pág. 11; CUNEO, V. L., *Le procedure concorsuali. Natura, effetti, svolgimento*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2002, pág. 6; FIALE, A., *Diritto Fallimentare*, Napoli, Simone, 2008, pág. 13; VASALLI, F., *Diritto Fallimentare: Presupposti, sentenza dichiarativa, organi, effetti per il debitore e per i creditori*, Tomo I, Torino, Giappichelli, 1994, pág. 16.

principio general de conservación de la actividad económica que no encuentra reflejo más que en algunas soluciones concursales que, por otra parte, han resultado absolutamente infrutilizadas. La liquidación se ha instalado en el caso español como el cauce natural en el tratamiento de la insolvencia, lo que multiplica la visibilidad de esta incongruencia que viene a su vez influenciada por una impostada concepción unitaria de la institución. Por el contrario, el ordenamiento italiano no se encomienda a un axioma de tales características; reduce en este sentido sus expectativas, partiendo de la fragmentación procedimental que caracteriza el sistema, en una posición consecuente con la siempre difícil proyección del Derecho concursal. La conservación de empresa solo se predica en los contextos en que ésta es una posibilidad real y no una mera declaración de intenciones o un anhelo del legislador.

Aunque ello no quiere decir que el contexto del *fallimento*, o más ampliamente la realidad concursal italiana, no se haya impregnado de las nuevas tendencias de esta rama del Derecho, cada vez más proclive a la continuación de la actividad. De hecho, la idea que anunciábamos con respecto al ordenamiento español, de un próximo tercer estadio de la conservación empresarial consistente en la venta de unidades productivas, es uno de los paradigmas que las reformas han tratado de introducir en Italia desde hace varios años⁹⁹⁷. Cada vez se apuesta más por la continuidad⁹⁹⁸, aunque se discrimina con bastante claridad qué instrumentos son más válidos para tal fin. Todo esto se refleja muy bien en la regulación del *concordato fallimentare*, que vendría a ser una figura similar a nuestro convenio (y que acoge la posibilidad de satisfacer a los acreedores a través de la cesión de bienes). Sin embargo, el convenio de la LCon está previsto como un mecanismo de promoción de la continuidad empresarial, mientras que en el caso italiano existe una sana disociación entre los conceptos de solución pactada y solución continuativa en materia de insolvencia. En este sentido, basta comparar los artículos 100

⁹⁹⁷ APICE, U. e MANCINELLI, S., *Diritto Fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2008, págs. 7 y 17.

⁹⁹⁸ La *Legge Fallimentare* cuenta, en el mismo título que la liquidación del activo –lo cual es revelador, ya que nos movemos sin duda en el ámbito de un procedimiento liquidatorio–, con algunas posibilidades que pueden devenir en la conservación de la actividad económica del deudor en manos de un tercero, bien sea de manera temporal a través del arrendamiento de empresa (*affitto dell'azienda*, artículo 104 bis LF), o de forma definitiva con la venta de empresa en bloque o de sus unidades productivas como situación más deseable en una obligada liquidación concursal (artículo 105 LF). Sobre la venta de empresa, *vid.*, PANZANI, L., “La vendita dell'azienda nel fallimento”, *Fallimento e altre procedure concorsuali* (diretto da FAUCEGLIA, G. y PANZANI, L.), Tomo II, Torino, UTET Giuridica, 2009, págs. 1215 y ss.

LCon y 124 LF, sobre el contenido de los respectivos actos negociales. La Ley Concursal, en el apartado tercero del mencionado precepto, excluye expresamente como contenido válido de la propuesta de convenio concursal la liquidación global de los bienes del deudor para satisfacer sus deudas; al respecto, la *Legge Fallimentare* no tiene ninguna previsión, e incluso, establece su artículo 124 sobre el contenido de la propuesta que ésta puede consistir –entre otras– en la subdivisión de los acreedores en clases o el tratamiento diferenciado entre las diferentes clases, en una alusión evidente a una realización del patrimonio para satisfacer a los acreedores. Por tanto, la ventaja del *concordato fallimentare* para los acreedores es, a través de la negociación con el deudor, la posibilidad de satisfacer una parte de los créditos⁹⁹⁹ de forma rápida y efectiva, evitando la incertidumbre y la extensión en el tiempo que supone una futura liquidación. A pesar de ello, es cierto que se trata de un instrumento a través del cual pueden darse reestructuraciones de deuda o cesión de bienes para la satisfacción de los acreedores, tal y como hemos señalado previamente. En vista de tales posibilidades no podemos negar que exista cierta tutela en materia de conservación aun siendo el procedimiento más liquidatorio del sistema italiano¹⁰⁰⁰. No obstante, el *concordato fallimentare*, –sobre todo tras compararlo con el convenio concursal español–, se revela más como un instrumento que ayuda a terminar un concurso irreversible de manera rápida y quizá más eficaz, que como un mecanismo para reflotar la economía del deudor. Además, el hecho de que no pueda presentarse la propuesta de concordato hasta que no haya pasado un año desde la declaración de *fallimento* incentiva al deudor, si

⁹⁹⁹ Decimos una parte aunque, del mismo modo que en Derecho español, existen dos mecanismos fundamentales con respecto al crédito en sede negocial: la reducción de la deuda (espera) o el aplazamiento de la misma (espera); que suelen utilizarse simultáneamente.

¹⁰⁰⁰ En particular, haciendo referencia a esta tutela menciona MAFFEI ALBERTI dos aspectos fundamentales como: el *esercizio provvisorio* o ejercicio temporal del comercio por el *fallito* y el *affitto dell'azienda* o arrendamiento de empresa, que supone un importante paradigma de continuación de la actividad en manos diferentes a las del concursado. En ambos casos, la limitada duración implica una débil influencia sobre la concepción del sistema concursal respecto a la conservación de la actividad económica. Con ello no queremos desmerecer el sentido de estos mecanismos, que pueden sin duda mejorar las condiciones de liquidación de un deudor en concurso, sin embargo no pueden proporcionar los elementos necesarios para la conservación definitiva de una actividad económica. MAFFEI ALBERTI, A., “Alcune osservazioni...” *op. cit.*, págs. 305-306. También, sobre estos instrumentos: PACCHI, S., “Il concordato fallimentare”, *Fallimento e altre procedure concorsuali* (diretto da FAUCEGLIA, G. y PANZANI, L.), Tomo II, Torino, UTET Giuridica, 2009, págs. 1385 y ss.

busca la continuidad de la actividad económica, al recurso a otro tipo de instrumentos de naturaleza concursal¹⁰⁰¹, con mejores condiciones a tales efectos.

b) Conservación empresarial en otros procedimientos

En consecuencia, existen junto al *concordato fallimentare* otros medios en el Derecho italiano que responden mejor a la finalidad de conservación empresarial, aunque se trate como se ha dicho, de una posibilidad más dentro de un sistema que no propugna como finalidad primordial esta difícil solución al problema de la insolvencia. Entre esos medios destaca el *concordato preventivo*, cuya regulación ha sido adaptada a dicho objetivo a través de un tipo especial, denominado *concordato con continuità aziendale*, es decir, un convenio con continuidad empresarial, previsto precisamente para sostener esta vertiente de la institución concursal. Antes de la introducción de esta figura, existían por supuesto casos de *concordato preventivo* en que se conseguía la continuidad de la actividad económica del deudor, no obstante, las críticas realizadas a este instrumento en razón –entre otros– de la tramitación y los tiempos marcados para ello, llevaron al legislador italiano a crear esta forma especial que respeta en mejor medida las exigencias de la conservación empresarial. Por tanto no se trata de un nuevo *concordato preventivo*, sino que comporta una adaptación de éste, en la que el mantenimiento del ejercicio de empresa es parte del plan¹⁰⁰². Todo ello se recoge en el artículo 186 bis LF, incorporado en el año 2012¹⁰⁰³, y que define este elemento del Derecho concursal italiano en su primer párrafo como: el *concordato preventivo* cuyo plan prevé la continuación de la actividad de parte del deudor, la cesión de la empresa en ejercicio, o la aportación de la empresa en ejercicio a una o más sociedades, incluso de nueva creación. Consecuentemente, el régimen jurídico del mismo no se encuentra únicamente en el mencionado precepto, sino que dichas previsiones han de acumularse

¹⁰⁰¹ En sentido similar, aunque sin vincular esta circunstancia a la continuidad empresarial, CAMPOBASSO, G. F., *Diritto commerciale... op. cit.* pág. 409.

¹⁰⁰² STANGHELLINI, L., “Il concordato con continuità aziendale”, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n° 10, 2013, pág. 1225. El autor expresa que las particularidades de la conservación empresarial en situación de insolvencia justifican la toma de determinadas cautelas en relación a este *concordato con continuità aziendale*. Sobre estas cautelas y las ventajas exclusivas (y las compartidas con el *concordato preventivo*) de tramitación y agilización del instituto, *vid.*, págs. 1226 -1228.

¹⁰⁰³ Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83, convalidado por Legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134.

a las normas que ya existen (arts. 160 y ss LF) sobre el *concordato preventivo*¹⁰⁰⁴. Hasta tal punto responde este tipo de acuerdo concursal a la finalidad de continuidad de la actividad económica afectada, que el mismo artículo 186 bis permite la liquidación de todos aquellos bienes que no cumplen una función en el ejercicio de empresa. Es claro que se parte, en la caracterización de este instituto, de una concepción de la pérdida de continuidad empresarial negativa y que puede producir desvalorización repentina del patrimonio. A pesar de reconocer tal extremo, señala STANGHELLINI¹⁰⁰⁵ que la conservación empresarial no va a ser un elemento favorable a los acreedores en todo caso. Se reputan situaciones en que las que la empresa no tiene y no puede tener más valor que la suma de sus bienes, de modo que posponer el momento de la liquidación solo puede agravar las deudas de aquélla. En este sentido, añade este autor que para que la continuación de la actividad económica sea provechosa desde el punto de vista de los acreedores¹⁰⁰⁶ el requisito indispensable, el criterio que determina la eficacia de dicha conservación, es la capacidad de la empresa para producir bienes y servicios en condiciones de obtener beneficios de manera inmediata; o bien en un tiempo relativamente breve, tras una reestructuración.

En cuanto al acuerdo de reestructuración de deudas, recuerda MAFFEI ALBERTI¹⁰⁰⁷ que no cuentan con una disciplina especial para el caso de que respete la continuidad empresarial del deudor. Sin embargo –aunque no de forma exclusiva pues la medida es compartida entre *concordato preventivo* y *accordi di ristrutturazione dei debiti*–, puede determinar la conservación empresarial y la entrada de liquidez en el patrimonio concursado la prededucibilidad (consideración de crédito contra la masa) de la financiación concedida durante el procedimiento, o con ocasión del mismo.

¹⁰⁰⁴ PASQUARIELLO, F., “Il concordato preventivo con continuità”, *Le nuove leggi civili commentate*, XXXVI, n° 5, 2013, pág. 1140.

¹⁰⁰⁵ STANGHELLINI, L., “Il concordato con continuità...” *op. cit.*, págs. 1222-1223.

¹⁰⁰⁶ También encontramos la idea de que la continuidad empresarial solo es útil en la medida en que tutela o interesa a los acreedores, esto es, se instrumentaliza el axioma en: FABIANI, M., “Causa del concordato preventivo...” *op. cit.*, pág. 604.

¹⁰⁰⁷ Considerando que debería darse un trato de favor a los acuerdos que prevean la continuidad empresarial: MAFFEI ALBERTI, A., “Alcune osservazioni...” *op. cit.*, pág. 307.

Pero el procedimiento que ha llevado a cabo una apuesta más clara por la conservación empresarial es la administración extraordinaria para grandes empresas¹⁰⁰⁸. En él se reconoce la elección de este paradigma como objetivo principal del instituto, siendo sus normas fiel reflejo del mismo. El motivo principal de la superposición de la continuación de la actividad sobre la satisfacción de los acreedores es precisamente que la sujeción a dicho proceso concursal se reserva a las empresas de mayor tamaño, donde confluyen aun más intereses que en el resto de casos de insolvencia. Aquí están en juego cifras muy relevantes, así como muchos puestos de trabajo; el efecto del concurso en este contexto puede suponer un importante impacto sobre el funcionamiento del mercado y la economía en general dado el “riesgo de contagio” o efecto cadena que puede producirse desde grandes empresas a otras de menor tamaño, cuestiones que determinan una intervención pública más invasiva que en otros procedimientos, aunque esto pueda suponer una carga para los acreedores¹⁰⁰⁹.

c) La anticipación como factor influyente en la continuidad de la actividad económica en el sistema italiano

En nuestra opinión, todo lo anterior redunda en la ya mencionada inexistencia de un principio general de conservación que afecte a todo el sistema concursal, así como lo propugna la Ley Concursal española. Sin perjuicio de esta no inclusión del axioma en el sistema concursal italiano, la existencia de medios especializados en la tutela de la conservación empresarial en sede de insolvencia nos han permitido señalar que en Italia, paradójicamente, el ordenamiento cuenta con mejores condiciones para el cumplimiento de este objetivo. El hecho de que existan procedimientos en los que se promociona de manera efectiva la continuidad de la actividad económica del deudor, deviene en un mejor tratamiento de la cuestión. La disciplina concursal italiana ha reservado este tipo de procesos para situaciones en las que la insolvencia sea verdaderamente reconducible. Para ello, se ha debido disociar –de manera lógica y a diferencia del legislador español– los conceptos de solución pactada y solución conservativa, no debiendo todo pacto estar dirigido a la continuidad empresarial. Por tanto asistimos a una cuestión que podría

¹⁰⁰⁸ *Vid. Supra.*, pág. 306.

¹⁰⁰⁹ Al respecto, artículo 63 d. lgs. 270/1999. El precepto establece la continuación obligatoria durante al menos dos años tras la venta de la empresa, debiendo mantener el adquirente no solo la actividad empresarial, sino también el nivel ocupacional.

parecer contradictoria: no existe un principio general de conservación empresarial en Derecho italiano, e incluso el procedimiento principal tiene una clara tendencia liquidatoria; pero a la vez el sistema concursal cuenta con mejores opciones para conseguir dicha finalidad, en un concepto menos pretencioso y que solo dirige sus esfuerzos hacia quienes realmente pueden –y merecen ayuda para– mantenerse económicamente a flote, lo que se consigue en parte reduciendo y trabajando sobre los ámbitos de aplicación de los distintos procedimientos.

Además de estas consideraciones, identificamos una idea que coadyuvará a establecer, en determinados contextos y cuando las condiciones de viabilidad lo aconsejen, procedimientos de naturaleza concursal en los que la conservación de la actividad económica es uno de los ejes fundamentales. En concreto, queremos hacer una referencia –comparada entre ambos ordenamientos– a la tempestividad o anticipación en la actuación concursal (cuestión que ya se ha apuntado en este estudio), en el entendido de que es un elemento que influye directamente en la consecución de este objetivo. Para ello tendremos en cuenta tanto la legislación española (haremos alusión a mecanismos concursales en los que la acción preventiva sea uno de los elementos clave, concretamente, al acuerdo extrajudicial de pagos), como la reforma que en estos momentos se proyecta en Italia¹⁰¹⁰.

En nuestro análisis, ha llamado especialmente la atención que el presupuesto objetivo del acuerdo extrajudicial de pagos sea sustancialmente la insolvencia, y es que en la LCon se utiliza de manera implícita el clásico concepto de insolvencia actual o inminente a tal efecto¹⁰¹¹; se trata exactamente del presupuesto objetivo que permite iniciar el procedimiento concursal ordinario. Por lo tanto nos encontramos un sin sentido, ya que un cauce procedimental que debería servir para anticiparse a la situación

¹⁰¹⁰ El proyecto de reforma ha sido realizado por la *Comisión Rordorf*, que toma el nombre de su presidente –Renato Rordorf–, a quien ha sido encargado el *Schema di disegno di legge delega per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*. La Comisión fue instituida por el Ministerio de Justicia italiano por Decreto de 28 de enero de 2015. Durante este estudio haremos referencia tanto al texto realizado por la Comisión Ministerial, que representa la delegación realizada al gobierno italiano en materia concursal, como al informe realizado por aquella para explicar los diferentes puntos de la proyectada reforma (*informe Rordorf*).

¹⁰¹¹ Dice el artículo 231 LCon: “el deudor esté en situación de insolvencia o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones”.

de insolvencia, el acuerdo extrajudicial de pagos, necesita para poder activarse una situación patrimonial básicamente idéntica a la necesaria para iniciar el procedimiento de concurso, que como se ha visto suele servir para liquidar el patrimonio del deudor. Todo ello es indicativo de que algo falla. Realmente, la explicación es sencilla: en nuestra opinión, cuando el legislador ha constatado que el proceso concursal ordinario es una “fábrica de liquidaciones”, en lugar de mejorar las posibilidades de llegar a un acuerdo dentro del concurso, ha dado por perdida la institución que tanto ha costado legislar¹⁰¹² y ha empezado a crear institutos diversos, como los acuerdos de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pagos. Si partimos de esa idea podemos comprender que ambas realidades mantengan el mismo requisito objetivo que el concurso, porque no se trata solamente de un procedimiento diferente, sino de una manera de escapar al procedimiento de concurso ordinario. Ahora bien, el problema aparece cuando el legislador no ha comprendido que para evitar la liquidación no basta con diseñar un instrumento extrajudicial, sino que hay que dotarlo de una serie de condiciones razonables para que pueda funcionar. Es indudable que el acuerdo extrajudicial de pagos es un mecanismo que serviría si su aplicación se asociara a un momento previo al de la insolvencia, antes siquiera de que ésta sea inminente.

En Italia, la doctrina venía identificando del mismo modo la importancia del criterio temporal en la funcionalidad de un sistema concursal¹⁰¹³. La anticipación o tempestividad en el uso de las herramientas concursales determinan en gran medida el éxito de este sector del ordenamiento; tratándose de una cuestión no menor en el análisis de las normas italianas sobre insolvencia y crisis empresarial. En la reforma proyectada, una de las novedades más importantes es la *procedura di allerta e di composizione assistita della crisi*. Se trata de un nuevo instituto concursal que la *Comisión Rordorf*

¹⁰¹² Recordemos que hasta la Ley Concursal de 2003 se mantenían vigentes numerosas disposiciones en materia concursal, como la Ley de Suspensión de Pagos, que habiéndose redactado como una norma provisional era parte del ordenamiento desde 1922.

¹⁰¹³ TERRANOVA, G., *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Milano, Giuffrè, 2004, págs. 23-28. También reconoce el valor fundamental de la tempestividad de la acción concursal: MAFFEI ALBERTI, A., “Alcune osservazioni...” *op. cit.*, pág. 306. Aunque en este caso dicha referencia viene dada por la preocupación en relación a la legitimación activa exclusiva del deudor de algunos procedimientos concursales, en el sentido de que el ordenamiento debe encontrar fórmulas para hacer atractivo al deudor el recurso al procedimiento concursal cuanto antes, vistos los efectos positivos de tal modo de proceder en el ámbito de la insolvencia o la crisis empresarial.

ha diseñado precisamente sobre la idea de acción tempestiva sobre los deudores todavía no insolventes, al constatarse la incapacidad de las empresas italianas de promover de manera autónoma procesos de reestructuración en momentos previos a la insolvencia¹⁰¹⁴. La reforma incidirá sobre este punto, identificándose en la realidad concursal italiana (de la misma forma que en España) una concepción negativa de los procedimientos de insolvencia, expresión de una cultura que ha lastrado la tradición concursal de ambos países y que se manifiesta con la tendencia a alejarse de los mismos por ser considerados un mal para el operador económico. Cuando el *Informe Rordorf* explica este nuevo procedimiento, alude a un *lugar de encuentro entre las partes bajo una lógica de mediación y composición (...) asistida por organismos profesionalmente dedicados a la búsqueda de una solución apropiada*¹⁰¹⁵, lo que nos llama poderosamente la atención, pues la influencia de la mediación concursal introducida por la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley Concursal española es clara. Se ha puesto de manifiesto aquí que la mediación concursal en España ha sido desarrollada con unos perfiles verdaderamente contradictorios, de manera que nos resultaría muy difícil justificar su valor como inspirador de otros ordenamientos¹⁰¹⁶.

A pesar de ello, en Italia se ha comprendido mejor la situación, tanto es así que la reforma en proyecto gira sobre el concepto de anticipación a la situación de insolvencia como única coyuntura en que puede ser eficaz este procedimiento; de hecho, se prevén sanciones para los empresarios que no recurran al procedimiento tempestivamente (e incentivos a quienes sí lo hagan)¹⁰¹⁷. Se incide sobre la cuestión del presupuesto objetivo ya que la *procedura di allerta* será, previsiblemente, un nuevo instituto concursal que no se abrirá en situación de insolvencia, sino cuando el deudor se encuentre en estado de crisis¹⁰¹⁸. Entendemos en todo caso que se trata de un estadio

¹⁰¹⁴ *Informe Rordorf*, págs. 10 y ss; artículo 4, *Schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*.

¹⁰¹⁵ Traducción propia.

¹⁰¹⁶ Para conocer la mediación concursal en el sistema español, con todas sus incoherencias, *vid*, PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “El mediador concursal”... *op. cit.*, págs. 319-336.

¹⁰¹⁷ Artículo 4.1.g), *Schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*.

¹⁰¹⁸ Concepto del que la nueva normativa dará una definición que aun no ha trascendido, sin perjuicio del estudio del artículo 160 LF y de las definiciones doctrinales que ya hemos expresado aquí en relación al presupuesto objetivo del *concordato preventivo*.

anterior y más genérico que la insolvencia, a pesar de que las dificultades para interpretar el término (estado de crisis) son clásicas en Derecho concursal italiano. No obstante, valoramos como absolutamente acertada la decisión de la proyectada reforma italiana, de vincular a este nuevo procedimiento un presupuesto objetivo diferente del que opera para el procedimiento básico de *fallimento*. Es cierto que la *procedura di allerta* requerirá importantes esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales por buscar la mejor definición de estado de crisis, pero sin duda merecen la pena –como en el caso del *concordato preventivo*– porque son el camino justo para no caer en el mismo error que ha cometido el legislador español. Es claro que cuando se identifica el presupuesto objetivo de un instituto concursal de alerta con aquél previsto para el procedimiento concursal ordinario, el procedimiento de alerta pierde su sentido y operatividad; y se pervierte el sistema concursal hasta que se destruye la proporcionalidad y funcionalidad de sus diferentes elementos. En este sentido, Italia, para aumentar las posibilidades de éxito de la medida, ha introducido una obligación específica tanto para los administradores de sociedades como para los llamados acreedores cualificados (seguridad social, hacienda, etc.) de avisar a los deudores o, en su caso, a la autoridad competente, ante fundados indicios de crisis o reiterados incumplimientos de una cantidad relevante. De nuevo tenemos que decir que se trata de conceptos que habrá que pulir de cara a su aplicación práctica, pero al menos se detecta en el ordenamiento italiano un claro intento por anticipar la acción concursal al momento de la insolvencia, por las consecuencias funestas que dicho paradigma ha tenido para las economías europeas durante la etapa de crisis.

Tal y como iniciábamos este epígrafe debemos concluir, señalando que a pesar de la inexistencia de un principio concursal de continuidad de la actividad económica en el ordenamiento italiano, las condiciones específicas de determinados procedimientos mejoran las hiperbólicas expectativas del legislador español al respecto. El intento de aplicación indiscriminada del axioma ha determinado su fracaso en España, mientras que en Italia, aun existiendo críticas doctrinales¹⁰¹⁹ y dificultades para conseguir el

¹⁰¹⁹ Se ha dicho que la elección del legislador italiano de vías intermedias entre la tutela de los intereses colectivos con la conservación de la actividad y la tutela de los acreedores con la satisfacción de sus créditos no termina por satisfacer plenamente ninguno de estos intereses. MAFFEI ALBERTI, A., “Alcune osservazioni...” *op. cit.*, pág. 308. Aunque pueda compartirse dicha crítica, mantenemos que lo

objetivo de conservación empresarial, el sistema resulta más congruente reduciendo su ámbito de aplicación a algunos de sus institutos concursales, cuyos presupuestos y demás condiciones de apertura responden a la constatación de una verdadera posibilidad de continuidad en la actividad. Siempre es más fácil cumplir una finalidad si ésta se dirige únicamente a concretos subsistemas, creados a tal efecto. Por ello, no resulta tan grave como en España que haya problemas de conservación empresarial, porque aunque suponga un daño a la economía, al menos en el contexto del Derecho concursal no se va a producir un desfase entre el espíritu de las normas y su aplicación real. No hay un principio general en este sentido en el ordenamiento italiano aunque su legislación, tanto vigente como proyectada, proporciona más y mejores posibilidades a los deudores que realmente merecen dicha tutela. En particular, hemos hecho referencia a la tempestividad de la apertura del procedimiento como elemento básico sobre el que pivota la conservación empresarial; cuestión que la reforma proyectada por la *Comisión Rordorf* va a decantar también a favor del sistema italiano con la introducción de un nuevo procedimiento (*procedura di allerta*), aunque ya su caracterización –inexistente en nuestro país– del “estado de crisis”, mejoraba (y mejora) con mucho las previsiones sobre la anticipación concursal del Derecho español.

3. Semejanzas entre el Derecho concursal italiano y español

Vistas las diferencias más importantes entre los ordenamientos español e italiano debemos señalar, tan solo sucintamente para evitar duplicidades con el análisis de la LCon, los aspectos en que sí convergen aquéllos. En concreto, detectamos cuatro de los principios que forman parte de este estudio, cuya configuración es muy similar en Italia: limitación de las facultades del deudor, universalidad, integración y modulación de la realidad jurídico–obligacional. Nos limitaremos a citar las fuentes legales y doctrinales que pueden servir de apoyo en el estudio de estos principios, o más bien, la traslación de éstos al ordenamiento italiano.

El principio de limitación de las facultades del deudor es como sabemos un elemento que caracteriza todo sistema jurídico concursal. Es pacífico en el Derecho comparado la existencia de un mecanismo de desposesión de los bienes del deudor, así

que el autor califica como vías intermedias son procedimientos que, pudiendo mejorarse, se adaptan a la realidad mucho más fácilmente que nuestra Ley Concursal de 2003.

como la gestión de éstos por parte de un tercero (el *curatore fallimentare* en este caso); pudiendo variar de una Ley a otra la intensidad de dicha desposesión o de la intervención del síndico en la administración del patrimonio del concursado. En Italia, esta realidad se refleja en la disciplina del *spossessamento*¹⁰²⁰, que viene determinada por el artículo 42 LF en su primer párrafo¹⁰²¹, y tiene un contenido muy similar a las limitaciones patrimoniales del concursado en España: se repite el mismo esquema de desposesión, administración del síndico, e incluso la existencia de límites a esta regla en relación a los bienes necesarios para la subsistencia del deudor, entre otros. Pero las similitudes no acaban ahí, sino que traspasan la vertiente puramente patrimonial, generando el sistema concursal italiano la posible limitación de derechos fundamentales, de la misma manera que la LCon. En particular, el secreto de las comunicaciones (*segreto epistolare*; artículo 15 CI) y la libertad de movimiento (*libertà di movimento*; artículo 16 CI), dos importantes derechos de rango constitucional, pueden verse afectados en la persona del deudor por la apertura del procedimiento de insolvencia¹⁰²².

En cuanto al principio de universalidad, también en Italia se considera por la doctrina que el empleo de todos los bienes del deudor en el juicio universal responde a la lógica de la responsabilidad universal patrimonial (artículo 2740 *Codice Civile*). Aunque nosotros hemos negado esta circunstancia a favor de una responsabilidad universal de carácter concursal¹⁰²³, se trata de una idea que no es desconocida en esta investigación, ya que viene a ser compartida por la doctrina española. De cualquier modo, en ambos sistemas existe la regla general de que el concursado responde con todos sus bienes ante sus acreedores. Ahora bien, en Italia está mucho más desarrollada

¹⁰²⁰ Vid., ZANICHELLI, V., “Gli effetti del fallimento per il fallito e i creditori”, *Trattato delle procedure concorsuali* (a cura di JORIO, A. e SASSANI, B.), Volume II, Milano, Giuffrè, 2014, págs. 4-8; GUGLIELMUCCI, L., *Lezioni di Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2004, págs. 105 y ss.

¹⁰²¹ Artículo 42 LF: “La sentenza che dichiara il fallimento, priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento”.

¹⁰²² Artículos 48 y 49 LF. Sobre estos efectos: NORELLI, E., “Gli effetti personali del fallimento”, *Le riforme e tecniche dei processi civili* (a cura di DIDONE, A.), Torino, UTET Giuridica, 2009, págs. 543 y ss.

¹⁰²³ Que podría encontrar sustento en el mismo artículo 42 LF que establece el *spossessamento*, al disponer los bienes que se encuentran bajo el *fallimento*; o bien en el artículo 52 LF que hace referencia al patrimonio del deudor, de forma tan general que solo puede referirse a éste en toda su extensión.

la teoría de que del principio de universalidad participa tanto de la formación de la masa activa (universalidad objetiva) como de la masa pasiva (universalidad subjetiva). Mientras que en nuestro país se encuentran algunas referencias ya comentadas en este sentido, en Italia se trata de una cuestión pacífica¹⁰²⁴, siendo una minoría los autores que tratan la cuestión de manera separada, esto es, reconociendo como hemos hecho aquí con el ordenamiento español, la existencia de un principio de universalidad referido exclusivamente al patrimonio activo del deudor¹⁰²⁵. En relación a la Ley Concursal española, hemos optado por separar ambas realidades para conformar dos principios distintos: el de universalidad propiamente dicho y el de integración. No obstante, entendemos que esta diferencia sistemática y que parte de nuestra propia concepción – no es legal, ni compartida por toda la doctrina– no puede motivar el tratamiento de la misma como una verdadera divergencia entre los ordenamientos italiano y español. La práctica concursal determina una gran similitud en la aplicación de estas reglas tanto en referencia al activo como al pasivo. Sobre el concepto de principio de universalidad que hemos proporcionado en este estudio, su identificación con la universalidad objetiva propugnada en el Derecho italiano es más que clara; ambos funcionan con un mecanismo muy sencillo de responsabilidad universal, sin importar demasiado en este capítulo de Derecho comparado si es resultante del artículo 2740 *Codice Civile* o si se trata de una regla autónoma.

Por tanto, la doctrina citada entiende que en esa segunda cara de la universalidad o “universalidad subjetiva” se encuentra lo que hemos denominado principio de integración, que aparecería a nuestro modo de ver en el artículo 52 LF¹⁰²⁶. No

¹⁰²⁴ Entre otros, CENSONI, P. F., “I caratteri...” *op. cit.*, págs. 10-17; FERRARA jr, F. e BORGIOIOLI, A., *Il Fallimento...* *op. cit.*, págs. 40-43; CENSONI, P. F. e PACCHI, S., “Il Fallimento”... *op. cit.*, págs. 17 y ss; PAJARDI, P., *Radici e ideologie del fallimento*, Milano, Giuffrè, 2002, págs. 69-76.

¹⁰²⁵ PASTORE, F., *Lezioni di Diritto...* *op. cit.*, págs. 72-73. Aunque no compartimos con esta referencia la consideración de que el principio de universalidad va a tener como corolario obligatorio la cristalización del patrimonio del concursado. En nuestro esquema concursal, entendemos que se dicha circunstancia puede tratarse de una prohibición al concursado con lo cual entraría en el análisis del principio de limitación de las facultades del deudor; o bien de una prohibición a los acreedores, formados en torno a una comunidad de pérdidas, que escaparía de nuevo a nuestro concepto de universalidad, entendiendo que se trata de parte del contenido del principio de integración.

¹⁰²⁶ Quedaría enunciado en el artículo 52 LF –primer párrafo–: “Il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito”. Se hace referencia a la concurrencia de los acreedores sobre un patrimonio que es finito y normalmente escaso, por lo tanto se está hablando de la comunidad de pérdidas. La

repetiremos de nuevo aquí por qué consideramos que el principio de integración debe tener un tratamiento separado al de universalidad, ni los motivos que nos llevan a negar la *par conditio creditorum* como base del principio de integración a pesar de ser la opción mayoritaria en la interpretación del sistema concursal italiano¹⁰²⁷. Sin embargo, estas circunstancias no nos hacen dudar sobre la constatación de una semejanza entre los dos ordenamientos que se estudian. Es cierto que existen algunas diferencias en el régimen jurídico¹⁰²⁸, pero éstas –las diferencias– se centran sobre todo en cuestiones interpretativas tales como la extensión del principio de universalidad o la igualdad de los acreedores como fundamento de aquél; cuestiones por cierto, que en España han sido admitidas por parte de la doctrina y que por tanto no diferencian ambos sistemas, tratándose más de divergencias entre la interpretación que viene realizándose en Italia y nuestra particular visión del Derecho concursal, que también ha entrado en conflicto con los autores españoles en muchas ocasiones. De modo que hasta en eso se parecen, minimizándose la importancia de ciertos aspectos que no confluyen de forma absoluta, lo que resulta muy razonable tratándose de países distintos. En las cuestiones realmente relevantes, como el contenido esencial del principio de integración, que situábamos en la creación de una comunidad de pérdidas; o su contenido necesario, que supone la

ambigüedad de la norma ha permitido interpretar esa universalidad dual, en torno a ambas masas del concurso. ABATE, L., “Gli effetti del fallimento per i creditori: il divieto di azioni esecutive e cautelari individuali”, *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme* (a cura di CELENTANO, P. e FORGILLO, E.), Torino, UTET Giuridica, 2008, pág. 455.

¹⁰²⁷ Entre otros: PASTORE, F., *Lezioni di Diritto... op. cit.*, pág. 71.

¹⁰²⁸ Una de las más importantes de esta naturaleza es la relativa a la compensación de créditos en el *fallimento*. Mientras que el régimen general de la LCon determina la prohibición de la compensación, el artículo 56 LF permite dicho mecanismo en relación a créditos incluso no vencidos, con la única salvedad de que si éstos no se encuentran vencidos, la compensación no tendrá lugar si el acreedor a adquirido su derecho por un acto *inter vivos* después de la declaración de apertura del procedimiento o durante el año anterior a la misma (“I creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento; Per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra i vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore”). La regla general en nuestro sistema es la prohibición de la compensación, en el entendido de que su aplicación atenta contra el contenido necesario del principio de integración, esto es, la intangibilidad de los bienes del deudor; o incluso de la capacidad de disposición del propio concursado, que de algún modo estaría cancelando una deuda. En Italia la lógica es distinta, aunque en nuestra opinión es claro el atentado al axioma, sin perjuicio de la utilidad que pueda tener dicha regla general pro-compensación en sede concursal. En la propia doctrina italiana, con dudas que se basan en los argumentos expuestos: SCALINI, P., *La compensazione nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1998, pág. 26.

intangibilidad de la masa activa para los acreedores¹⁰²⁹, resultan ordenamientos que siguen un mismo camino. El sistema de una concurrencia de acreedores sobre un patrimonio insuficiente, al que no pueden acceder por los medios tradicionales de agresión patrimonial nos basta para entender cumplido el mínimo exigible a un régimen concursal que acoja el principio de integración. Esta circunstancia deviene en la similitud del resto de reglas que están relacionadas con la formación de la masa pasiva¹⁰³⁰, insinuación de acreedores, admisión de los mismos al juicio universal, etc., que se manifiestan en perfiles identificables con los del ordenamiento español.

Finalmente, debemos hacer referencia al principio de modulación de la realidad jurídico-obligacional, lo que nos lleva a uno de nuestros planteamientos más fundamentales en esta investigación: el concurso de acreedores despliega sus efectos principalmente sobre el terreno del Derecho de obligaciones, reputándose como un agente deformador del mismo. En Italia, encontramos más respaldo en este sentido que en España, tomando como referencia a GALLETTI, que califica el tratamiento concursal como una *técnica de tutela de las obligaciones*¹⁰³¹. Como principal hito de este axioma se encuentra el efecto de la declaración de concurso sobre uno de los elementos más importantes en Derecho de obligaciones: el contrato. Al respecto, los artículos 72-83 bis *Legge Fallimentare* se dedican a la disciplina de lo que se ha llamado las “relaciones jurídicas preexistentes” (*rapporti giuridici preesistenti*) o “relaciones pendientes” (*rapporti pendenti*). En España veíamos que existe una regla general o al menos una declaración de intenciones (dado lo denostada que se encuentra dicha regla) de continuidad de los contratos durante el concurso. A diferencia del caso español, en la legislación italiana no existen este tipo de previsiones; parece que se ha preferido dictar normas sobre los contratos, sin expresión de un objetivo general que

¹⁰²⁹ Utilizando la expresión *blocco delle azioni individuali esecutive*: ABATE, L., “Gli effetti del fallimento...” *op. cit.*, pág. 455.

¹⁰³⁰ *Por todos*, FABIANI, M., “L’ accertamento dello stato passivo”, *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma* (directo da JORIO, A. e FABIANI, M.), Bologna, Zanichelli, 2010, págs. 315 y ss; BOZZA, G., “I principi della formazione dello stato passivo” (y otros), *Trattato delle procedure concorsuali* (a cura di JORIO, A. e SASSANI, B.), Volume II, Milano, Giuffrè, 2014, págs. 595 y ss.

¹⁰³¹ De ella pueden derivarse importantes efectos modificadores sobre la esfera obligacional del deudor. GALLETTI, D., *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2006, págs. 49-52.

como se ha comprobado resulta difícil de cumplir. Pero el axioma que hemos descrito antes no se refería a la continuidad de los contratos, incluso hemos puesto en duda la vigencia de dicha idea en la LCon, entendiendo que lo que realmente existe es un principio de modulación de las obligaciones del deudor. En ese sentido sí puede entenderse que la *Legge Fallimentare* y la Ley Concursal comparten una dirección, la de afectar principalmente al Derecho de obligaciones en las relaciones del concursado, por supuesto también a los contratos. El artículo 72 LF contiene una cláusula que algunos autores consideran general¹⁰³², mientras que otros lo ven como residual¹⁰³³; en cualquier caso, no deviene en un principio de conservación de los contratos, sino que deja libertad al administrador concursal –*curatore*– para decidir el futuro de la relación jurídica. Junto a este precepto, el resto de normas hasta completar la sección de la *Legge Fallimentare* dedicada a esta cuestión tiene diversas reglas especiales, aplicables a tipos contractuales determinados. Agrupándolos siguiendo el criterio de CAMPOBASSO¹⁰³⁴, podemos encontrar tres grandes grupos, de los cuales los dos primeros se corresponden con normas de carácter especial, mientras que el tercero responde al artículo 72 LF:

– Un primer grupo está constituido por aquellos contratos que se extinguen *ex lege* por la mera aplicación del procedimiento concursal. Entre ellos podemos encontrar contratos relativos a determinados instrumentos financieros, cuentas en participación, contratos públicos, cuenta corriente, comisión o mandato (en ciertas condiciones subjetivas).

– El segundo grupo está formado por negocios jurídicos que subsisten pese a la declaración de concurso, ya que se consideran ventajosos para los acreedores. Por tanto, el mayor perjuicio para la masa sería su extinción y no su conservación. Encontramos contratos de arrendamiento de empresa, seguros de daños, *factoring* y contratos de edición, entre otros.

– Finalmente, se identifican en Derecho italiano algunos contratos que no tienen un destino fijado por Ley. En este caso, su validez quedará en un primer momento

¹⁰³² PATTI, A., “Gli effetti sui rapporti giuridici preesistenti”, *Fallimento e concordato fallimentare* (a cura di JORIO, A.), Tomo II, Torino, UTET Giuridica, 2016, págs. 1600-1601.

¹⁰³³ CAMPOBASSO, G. F., *Diritto commerciale... op. cit.* págs. 385-389.

¹⁰³⁴ *Ibidem.*

intacta, mientras que su aplicación quedará en suspenso. En este punto, será el *curatore* bajo la autorización del *comitato dei creditori* (junta de acreedores) quien decidirá el futuro de estos negocios jurídicos según su conveniencia.

De este modo, constatamos que en el ordenamiento italiano existe también una fuerte correlación entre el Derecho concursal y el Derecho de obligaciones, imponiendo el primero mecanismos que le son extraños al segundo. Destacamos fundamentalmente el efecto del *fallimento* sobre los contratos, en un sistema que evita proclamar una máxima muy complicada de cumplir, la conservación de los contratos, para plasmar una visión más práctica y que otorga al encargado de la administración del patrimonio importantes facultades. De nuevo, la falta de expectativas del Derecho italiano, o mejor dicho, el exceso de expectativas del Derecho español, determinan el éxito del primero y la incongruencia del segundo. No se puede decir que el sistema concursal en Italia sea perfecto en torno a la aplicación de este axioma, pero al menos no tiene que caer en el incumplimiento de unos objetivos irrealizables, que de algún modo sí nos hemos marcado en España. La proclamada continuidad de los contratos no ha hecho sino complicar la caracterización del axioma que hemos denominado “principio de modulación de la realidad jurídico-obligacional del deudor” –aunque finalmente se haya conseguido–, mientras que en Italia, gracias a la ausencia de previsiones en este sentido, resulta más sencilla su identificación.

4. Un caso especial: la *par conditio creditorum*

La *par conditio creditorum* es casi con toda seguridad el principio más replicado en la historia del Derecho concursal. Cualquier legislación aspira a tutelar o, al menos a presentarse ante el justiciable como garante de la igualdad entre los acreedores que concurren a un procedimiento de naturaleza concursal. El ordenamiento italiano no es una excepción en esta materia, como tampoco lo es el sistema español tras la promulgación de la Ley Concursal. En este sentido guardan España e Italia un perfil similar, incluso compartiendo problemas que surgen en la difícil conjunción de intereses particulares, colectivos y generales que se presentan en el tratamiento jurídico de la insolvencia o situaciones asimiladas a ésta. Dicho esto, podría parecer que la referencia a la *par conditio creditorum* en la *Legge Fallimentare* correspondería más al apartado anterior, y probablemente así sea. Al menos desde nuestro punto de vista, sobre esta

cuestión existen motivos fundados para creer que estamos ante un aspecto similar y no divergente entre las legislaciones estudiadas. No obstante, existen algunas circunstancias que merecían una especial referencia y que justifican el tratamiento separado de un principio de gran entidad, y sobre el que veremos a continuación que pueden suscitarse dudas razonables.

La principal complicación –y casi única– a la hora de conceptualizar la igualdad de tratamiento a los acreedores en la realidad concursal italiana es la posición del precepto que la recoge en el ordenamiento. Si bien decíamos que en Derecho español el principio *par conditio creditorum* es de naturaleza exclusivamente concursal, es en la legislación común italiana, en concreto el artículo 2741 del *Codice Civile*¹⁰³⁵, donde encuentra acomodo el axioma. Sin hacer referencia al aforismo latino, dice el Código que los acreedores tienen igual derecho a ser satisfechos sobre los bienes del deudor, salvo las causas legítimas de prelación, que sitúa en tres clases: los privilegios, la prenda y la hipoteca¹⁰³⁶. La situación del precepto, en el Título III (*De la responsabilidad patrimonial, de las causas de prelación y de la conservación de la garantía patrimonial*) del Libro VI (*De la tutela de los derechos*), viene a introducir un primer elemento distorsionador por cuanto su ubicación da a entender que se trata de un axioma de aplicación general, vigente en cualquier rama del Derecho privado¹⁰³⁷.

Se trata según la doctrina de una de las normas más cuestionadas del ordenamiento, existiendo múltiples interpretaciones acerca de la misma¹⁰³⁸: la mera recepción de un principio “metapositivo” tan lógico e indiscutible que debiera ser observado aun en ausencia de la norma; una disposición vacía, sin contenido ni valor imperativo autónomo, cuya función se limita al reenvío a otras reglas más específicas; el medio para mitigar los daños entre la comunidad de intereses formada por los acreedores; una regla técnica que pretende garantizar la imparcialidad del órgano que

¹⁰³⁵ Aprobado por Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262; publicado en edición especial de la *Gazzetta Ufficiale* del 4 de abril de 1942, n. 79.

¹⁰³⁶ Artículo 2741 *Codice Civile*: “I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salvo le cause legittime di prelazione.

Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e le ipoteche”.

¹⁰³⁷ Así interpreta la cuestión, negando la especialidad del precepto. *Vid.*, PAJARDI, P., *Manuale di Diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1991, pág. 19.

¹⁰³⁸ TERRANOVA, G., *Le procedure concorsuali... op. cit.*, págs. 51-52.

representa el poder público y que es encargado de ejecutar las obligaciones existentes, etc. Se ha valorado el precepto en términos sustanciales y desde su vertiente más procesal, constituyendo como se ha dicho una de las normas que más discusiones ha generado en el ordenamiento italiano. Resultaría extremadamente complicado glosar cada una de las teorías interpretativas del artículo 2741, pero sí debemos recuperar aquí la incidencia de la norma en nuestro objetivo comparado en relación a la *par conditio* en el sistema español. Mantenemos de nuevo que el análisis de instituciones del Derecho italiano que no son patrimonio exclusivo de esa legislación, puede aportar las claves necesarias para un correcto tratamiento de la cuestión desde una visión amplia de los procesos concursales; en ello consiste precisamente el método comparado que estamos aplicando. Y desde este punto de vista, aquí se ha presentado una primera dificultad para sostener el que ha sido nuestro razonamiento sobre la igualdad de trato a los acreedores como un principio exclusivamente concursal.

Encontramos autores como PAJARDI que a pesar de señalar que tradicionalmente la *par conditio creditorum* es descrita como la primera regla en la jerarquía de valores en el proceso concursal (por oposición a la prioridad temporal – *prior in tempore, potior in iure*–), sostiene con claridad que el principio de la *par conditio* supone un ejercicio de concreción con respecto al principio de igualdad¹⁰³⁹. Escaparía así el autor de algunas de las teorías que han explicado la relación entre la igualdad de trato a los acreedores y el Derecho concursal¹⁰⁴⁰, para centrarse en una visión tributaria del principio de igualdad en términos generales, acudiendo a la solidaridad de los acreedores como elemento de cohesión entre los mismos. En este sentido, no se estaría negando propiamente la “concuralidad” de la *par conditio creditorum*, sino que el rechazo se dirige a la autonomía de la idea, que viene dada por la concreción de un principio general del ordenamiento, con reconocimiento

¹⁰³⁹ PAJARDI, P., *Radici e ideologie... op. cit.*, págs. 36-39.

¹⁰⁴⁰ *Vid. Supra.*, págs. 30-31. En concreto, se dejan atrás explicaciones como: la teoría del Derecho natural, que implicaría la aplicación específica de un principio superior de Justicia; la teoría del principio de Derecho sustancial, que otorgaría al axioma relevancia concursal, entendiendo que se trata de una regla opuesta a la preferencia temporal en el cobro de créditos, que no encontraría predicamento –salvo excepciones– como principio general, limitándose su efectividad a situaciones de insolvencia; o la teoría del “poder de dividir”, que sitúa el problema en el reparto de los bienes, no pudiendo efectuarse dicha operación de manera arbitraria, debiendo acudirse a la *par conditio* por ser la igualdad el criterio que excluye el ejercicio abusivo de ese poder.

constitucional. Al respecto nos pronunciábamos en referencia al ordenamiento español, admitiendo plenamente la independencia axiomática del principio concursal de igualdad de trato a los acreedores, y por tanto, en sentido contrario. Desde el punto de vista aludido, los principios básicos del concurso de acreedores son la aplicación de normas más generales, que encuentran en la insolvencia únicamente un ámbito en el que se exalta su contenido. De algún modo, aunque la intención de tales propuestas no pretenda atacar la concursalidad del axioma, dicha falta de autonomía coloca la paridad en el tratamiento de los acreedores concursales en una difícil situación, vulgarizando su contenido y efectos. Si una norma es general, pierde su interés como regla concursal. De esta forma, la existencia de un sector doctrinal que interpreta el artículo 2741 *Codice Civile* como un precepto de carácter general¹⁰⁴¹, aplicable tanto a la ejecución individual como a la ejecución universal supone un obstáculo a nuestra idea de un axioma autónomo en el ámbito concursal.

Pero nuestra propuesta interpretativa no es desconocida en Italia. Junto a estas opiniones, encontramos también apoyos doctrinales a la consideración de la *par conditio creditorum* como un principio de naturaleza concursal, propio de los procedimientos de insolvencia. Ya hemos señalado en nota anterior que existen tradicionalmente diversas teorías que explican la relación del artículo 2741 *Codice Civile* con el concepto de concursalidad, siendo algunas favorables a nuestras tesis y otras no. Entre las primeras están las teorías que reputan el principio como un mecanismo propio del proceso concursal, mientras que las segundas lo caracterizan como un instrumento más en el seno del concurso pero que también puede darse en la ejecución singular.

Además, en apoyo a la autonomía e independencia de una *par conditio* exclusivamente concursal detectamos varios argumentos, comenzando por el propio reconocimiento de la doctrina contraria a esta solución, de que se trata de la tesis más seguida; nos referimos concretamente a PAJARDI, que aun habiéndose mostrado totalmente alineado con un supuesto carácter general de la paridad de trato a los acreedores en el ordenamiento italiano, señala la falta de apoyos de esta teoría en la

¹⁰⁴¹ También, GUGLIELMUCCI, L., *Lezioni di Diritto fallimentare... op. cit.*, pág. 6.

actualidad¹⁰⁴². En segundo lugar, la revisión doctrinal de esta cuestión debe llevarnos a la posición de NIGRO y VATTERMOLI, que aunque la ubicación del artículo 2741 *Codice Civile* les anime a calificarlo como un principio de carácter general, matizan a continuación que es en el procedimiento concursal donde tiene lugar la más nítida manifestación del mismo, e incluso, la única real¹⁰⁴³. Finalmente, con una idea que hemos expuesto en relación al sistema español, TERRANOVA¹⁰⁴⁴ dice que el artículo 2741 *Codice Civile* supone la prueba de la falta de autonomía de una regla que proclama un principio de igualdad sin especificar más detalles de su implementación ni las modalidades de actuación de éste. A partir de aquí –añade–, se definirá la relación entre *par conditio creditorum* y concursabilidad, ya que la segunda supone para la primera su cauce de actuación y su límite de manera simultánea. La institución concursal sería así el medio en el que se concreta ese principio del artículo 2741 *Codice Civile*; al tiempo que también constituiría su límite, puesto que se reserva la paridad de tratamiento a los acreedores que concurren en el procedimiento universal, dejando fuera de la aplicación de las reglas concursales a quienes no se integran en el procedimiento¹⁰⁴⁵.

Ya se ha señalado que consideramos este principio como un elemento de semejanza y no de diferencia entre las legislaciones en liza, no obstante, las dudas sobre su naturaleza (general o concursal) han derivado en este tratamiento separado. Superada la problemática suscitada en torno al carácter del artículo 2741 *Codice Civile*, que puede inducir a la configuración de un principio *par conditio creditorum* general, podemos centrarnos en otros aspectos relacionados con este axioma en el ordenamiento italiano. No se puede afirmar con rotundidad que dicha circunstancia se haya esclarecido absolutamente en nuestro estudio, pero sí que encontramos apoyos suficientes para posicionarnos del lado de la doctrina que entiende que el artículo 2741 o bien adolece de falta de autonomía, o bien se trata de un precepto que debe ser aplicado a un ámbito

¹⁰⁴² PAJARDI, P., *Radici e ideologie... op. cit.*, pág. 35.

¹⁰⁴³ NIGRO, A. e VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, Il Mulino, 2014, pág. 44.

¹⁰⁴⁴ TERRANOVA, G., *Le procedure concorsuali... op. cit.*, págs. 52-53.

¹⁰⁴⁵ Vendría a afirmarse así, que en la experiencia comparada la *par conditio creditorum* es un principio que despliega sus efectos respecto de los acreedores que se integran en la masa pasiva, y no de todos los acreedores como señalan algunas teorías claramente hiperbólicas e injustificadamente expansivas en relación a la aplicación del axioma. Ello nos ha servido para diferenciar de la manera más nítida posible, unos principios de otros (en este caso integración e igualdad).

concreto, precisamente en el contexto de la insolvencia. Mas bien, habiendo una posibilidad interpretativa que mantenga la independencia axiomática de la paridad en el trato a los acreedores concursales, preferimos mantenernos en esa línea. No obstante, tras el análisis de ésta, seguimos manteniendo que estamos ante un principio concursal con un contenido muy similar al que podemos inferir en la Ley Concursal española. Desde nuestra posición –y solventadas las dificultades interpretativas–, vamos a conocer algunos aspectos que ofrecen una versión de la igualdad de trato a los acreedores en el sistema concursal italiano que guarda una importante correlación con el ordenamiento español. De este modo, es el momento de expresar qué condiciones harían coincidir ambas concepciones. Además de un contenido básico idéntico e inmutable en cualquier ordenamiento al que vaya a traducirse esta norma, queremos destacar dos ideas que se repiten en Italia y en España –a las que hemos hecho referencia en caso español¹⁰⁴⁶–, y que determinan claramente la confluencia entre el camino seguido por el axioma de la igualdad de los acreedores en el concurso.

En primer lugar, es claro que se trata de un principio que se encuentra en crisis. Tanto en España como en Italia es compartida la opinión de que la igualdad de trato a los acreedores es más ficticia que real en estos momentos. Precisamente así, como una mera ficción ha sido calificado este principio, ya que se ha interpretado (del mismo modo que nosotros con respecto a la LCon), que los privilegios concursales erosionan la efectividad del axioma, siendo no pocas las excepciones contenidas en el sistema concursal¹⁰⁴⁷ (sea el español, sea el italiano). El origen de éstas queda establecido tanto

¹⁰⁴⁶ Se observa que el número y la profundidad de estudios sobre la *par conditio creditorum* es sensiblemente mayor en Italia. En aquél país existe una preocupación constante entre la doctrina por desvelar el sentido jurídico del artículo 2741 *Codice Civile* y sus consecuencias en la aplicación de la regla de la paridad de trato a los acreedores concursales. Venimos constatando que no solo en el tema de la *par conditio* –pero sí especialmente en él–, la doctrina italiana se encuentra más desarrollada y ha tenido mayor interés por la cuestión de los pilares básicos del sistema concursal y el sentido de los elementos que conforman el tratamiento jurídico de la insolvencia. De ahí que a través del análisis comparado, se encuentren elementos y razonamientos que hemos predicado con respecto al ordenamiento español, pese a que nuestros estudios no hayan reparado en ellos prácticamente.

¹⁰⁴⁷ NIGRO, A. e VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi... op. cit.*, pág. 44. Señalan los autores que aun se trata de un principio organizativo de la institución concursal, sin embargo detectan grandes dificultades para su aplicación dado el volumen de crédito privilegiado que suele lastrar la marcha de cualquier proceso concursal. Nos parece oportuno destacar que la idea de que el privilegio es contrario y desvirtúa a la igualdad de los acreedores ha sido esgrimida ya en este estudio; así como la falta de apoyos en este sentido entre la doctrina española que, inexplicablemente a nuestro juicio, no observa normalmente

en el artículo 2741 *Codice Civile*, como en el artículo 54 LF. En ambos se mantiene esa noción de acreedor privilegiado como aquél que tiene su crédito garantizado mediante prenda, hipoteca o privilegio. Además, no existe en la *Legge Fallimentare* una relación de privilegios como hay en nuestra Ley Concursal, sino que en el propio Código Civil italiano, el Capítulo II del Título III del Libro VI, se consagra a los privilegios a través de distintas secciones¹⁰⁴⁸ (disposiciones generales, privilegios sobre bienes muebles, privilegios sobre bienes inmuebles y el orden –prelación– de los privilegios); conviven distintas normas, provenientes de textos jurídicos diferentes. De un lado están los artículos 53 y 54 LF, que se dedican a los créditos garantizados con prenda y al régimen jurídico de los acreedores privilegiados en el reparto del activo, o los artículos 111 bis, ter y quáter LF, sobre la disciplina de los créditos prededucibles y otras reglas en relación a la liquidación de bienes y satisfacción de acreedores con privilegio (además de otras disposiciones dispersas en el texto de la Ley); y de otro, las disposiciones del Código Civil italiano sobre privilegios, en las que no solo se enumeran, sino que se describe también su orden de prelación¹⁰⁴⁹. Pero no pudiendo entrar en esta clasificación con profundidad (que es consecuencia de un sistema particularmente fragmentado como el italiano), puesto que se excederían los límites de este estudio, sí que debemos señalar

contradicciones entre ambos elementos, determinando que los privilegios existentes en la LCon no influyen sobre la efectividad de la *par conditio creditorum*.

¹⁰⁴⁸ Se dedican en concreto los artículos 2751-2783 ter *Codice Civile*.

¹⁰⁴⁹ De nuevo, se trata de un tema regulado conjuntamente por la *Legge Fallimentare* y el *Codice Civile*. En la LF, el artículo 111 –que ha sido calificado como el “termómetro de la concursabilidad” en: PACCHI, S., “I debiti di massa nel fallimento”, *La tutela dei crediti nel giusto processo di fallimento* (a cura di DIDONE, A. y FILIPPI, P.), Milano, Giuffrè, 2002, págs. 112-116– determina que el orden de prelación de créditos en el concurso sitúa, como ya conocemos, a los acreedores titulares de créditos prededucibles (contra la masa en nuestro ordenamiento), después los acreedores privilegiados y finalmente los quirografarios, esto es, los ordinarios. Pero dentro de los acreedores privilegiados, dispone la LF que se seguirá el orden señalado por la Ley. El reenvío nos lleva directamente al Código Civil italiano, que tiene una sección dedicada especialmente al orden de los privilegios (*Del ordine dei privilegi*), dedicando los artículos 2777 a 2783 ter, a regular la cuestión. No existe por tanto una categoría específica de créditos subordinados en el concurso, aunque algunos autores hagan referencia (FABIANI, M., “Causa del concordato preventivo...” *op. cit.*, pág. 603) a algunos supuestos de postergación de créditos, que en sede concursal podrían operar como una suerte de subordinación. Al respecto se suele citar el artículo 2467 *Codice Civile*, que en una ubicación que podríamos calificar como sectorial –las aportaciones sociales– posterga el reembolso los socios por su financiación a la sociedad, a favor del resto de acreedores de la misma. Este ejemplo constituye una norma que, como el resto de créditos “subordinados” en Derecho italiano, no responden tanto a una categoría concursal como a la mera postergación, dentro de su ámbito concreto, de determinados conceptos.

que el sector doctrinal al que venimos aludiendo denuncia la falta de efectividad de la *par conditio creditorum* ante la proliferación de privilegios; así, es admitida por muchos la crisis del principio¹⁰⁵⁰. En concreto, llamamos la atención sobre la postura de PAJARDI¹⁰⁵¹, que califica la proliferación de privilegios como una causa externa en la limitación del ámbito de la *par conditio*, que se vería reducido a operar solo entre los acreedores de la misma categoría¹⁰⁵²; siendo posible encontrar otro orden de causas, éstas internas, a la crisis del concepto. En ese sentido podemos destacar el cambio de orientación en la legislación concursal, que ha pasado de ser un sistema muy dirigido a la expulsión del mercado de empresas en crisis, a considerar los múltiples intereses presentes en el problema de la insolvencia. Es cierto que la gran mayoría de ordenamientos (desde luego los dos analizados) han centrado bastantes esfuerzos en superar la concepción tradicional del concurso, migrando hacia instrumentos que “sustituían” –aunque manteniendo, en un difícil equilibrio– la satisfacción de los acreedores por la recuperación del deudor insolvente, sobre todo cuando determinadas condiciones económicas (relevancia social, impacto en el mercado, empleos en juego, etc.) lo justifican. Por tanto, llegamos a una conclusión perfectamente extrapolable al ámbito español, y es que las nuevas orientaciones del Derecho concursal y sobre todo el exagerado incremento de privilegios vacía de sentido el principio de la *par conditio creditorum*. Deja de ser una norma central para convertirse en un concepto residual que solo encuentra aplicación pura entre acreedores del mismo nivel, no siendo ese su sentido ni intención inicial, más cercanos al establecimiento de un principio de gran impacto para todo el sistema concursal, que a un medio de reparto de los bienes del deudor con un valor y uso tan limitados.

En segundo lugar, aunque ligado al párrafo anterior, hay que resaltar las dificultades de implantación de la *par conditio creditorum* en los procedimientos concursales cuyo cauce final no se corresponde con la liquidación del patrimonio. Es

¹⁰⁵⁰ Por todos, FRASCAROLI SANTI, E., *Insolvenza e crisi... op. cit.*, pág. 11, nota 13. Se citan allí diferentes fuentes de las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado, en las que ya se hablaba de esta crisis.

¹⁰⁵¹ PAJARDI, P., *Radici e ideologie... op. cit.*, págs. 32-35. Además, valora la cuestión señalando que el valor de la paridad en el trato a los acreedores concursales a pesar de haberse establecido con vocación de basar cualquier tipo de procedimiento concursal, es residual hoy en día.

¹⁰⁵² De nuevo, una tesis que hemos expuesto ya en esta investigación aunque en la doctrina española no ha sido muy seguida, mientras que en Italia se encuentra absolutamente normalizada.

claro que la realización de la totalidad de los bienes del deudor es una solución más compatible con un reparto basado en la ley del dividendo. De modo que las soluciones pactadas, la venta de unidades productivas, la conservación empresarial, etc., van a poner en dificultades la vigencia del principio de igualdad en el trato a los acreedores. Se ha señalado que el legislador ha intentado trasladar el axioma a todo proceso concursal, incluidos aquéllos de naturaleza negocial, que prevén la continuidad de la actividad económica, o simplemente que no liquidan la totalidad de los bienes del concursado. También hemos expresado que en dicho empeño se han cometido algunos errores, dejando ciertas lagunas que nos llevan a pensar que la *par conditio creditorum* en Derecho español tiene un medio natural, la liquidación, y otro en el que se ha intenta promocionar pero que no deja de ser un medio extraño, integrado por el resto de soluciones previstas para la insolvencia por la LCon. Pues bien esto mismo sucede en el sistema italiano, donde la doctrina ha mostrado ciertas inseguridades sobre la paridad de trato en el caso de soluciones distintas al reparto proporcional de los bienes tras liquidación. Resumimos a continuación algunos de las principales ideas al respecto:

– Siguiendo a GUGLIELMUCCI¹⁰⁵³, la *par conditio* aparece o debiera aparecer en todo tipo de solución concursal, sin embargo, su valor resulta más residual si cabe en torno a las soluciones de carácter negocial. En las nuevas formas de cumplimiento del *concordato preventivo*, encuentra el autor un auge de la autonomía privada, de la composición de la solución concursal, que implica la toma de decisiones por parte de los propios implicados (acreedores fundamentalmente) en el proceso concursal, evaluando ellos mismos sus intereses¹⁰⁵⁴. El paternalismo jurídico al que es sometido el concursado se sustituye en gran medida por la autogestión de las pretensiones –y la consecuente reducción del protagonismo judicial–, habiéndose superado en parte el paradigma de la *par conditio creditorum* en referencia a estos cauces concursales. Se concluye por tanto que la paridad de trato a los acreedores no va a afectar del mismo modo a todos los procedimientos concursales del sistema italiano; aquéllos de corte más

¹⁰⁵³ Vid., GUGLIELMUCCI, L., *Diritto Fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2014, págs. 9-10; *Lezioni di Diritto... op. cit.*, pág. 6.

¹⁰⁵⁴ La aceptación de estas nuevas formas de cumplimiento que pueden consistir en cesión de bienes o adquisición de participaciones en la sociedad concursada, se basa en el temor de los acreedores a la inexistencia de otras formas de satisfacción en vista de la mala situación económica del deudor.

liquidatorio devendrán en un mayor respeto por la ley del dividendo (*fallimento, liquidazione coatta amministrativa*).

– Por su parte, FABIANI¹⁰⁵⁵ ahonda en la cuestión distinguiendo la efectividad del principio en los procedimientos liquidatorios, donde entiende que está vigente pero ha dejado de ser fundamental, y en los concordatarios, donde las partes tienen la posibilidad de derogar la *par conditio creditorum*, dándose un problema de “contractualización” de la regulación concursal. La finalidad en estos casos no es la igualdad de los acreedores, sino su mejor satisfacción, de modo que se podría prescindir de la paridad de trato en virtud de un pacto. El autor hace especial referencia a una medida concreta, que a su juicio ha supuesto el golpe definitivo para la *par conditio* en este tipo de procedimientos concursales, el establecimiento de clases de acreedores en el convenio; posibilidad que se introdujo primero para la *amministrazione straordinaria* y más tarde para el *concordato fallimentare* (artículo 124 LF) y el *concordato preventivo* (artículo 160 LF). Fue a través del ya mencionado *Decreto Marzano* –en el año 2003, aunque convalidado por Ley de 2004– cuando se introdujo por vez primera esta subdivisión operada a través de un instrumento negocial, para expandirse por el resto de mecanismos concursales de esta misma naturaleza¹⁰⁵⁶. Señala FABIANI que son estas reformas operadas en los primeros años del siglo, las que van a complicar el encaje de la igualdad de trato a los acreedores en un sistema que permite a los interesados organizar a los acreedores en diferentes categorías según la homogeneidad de sus intereses económicos y su posición jurídica¹⁰⁵⁷.

Por tanto, podemos decir que la *par conditio creditorum* ha sido la piedra angular de la concursalidad, no obstante, las nuevas tendencias del Derecho concursal dificultan, y a veces imposibilitan la compatibilidad de todos los intereses concurrentes

¹⁰⁵⁵ FABIANI, M., *Diritto fallimentare... op. cit.*, págs. 6-7; “Causa del concordato preventivo...” *op. cit.*, págs. 603-606.

¹⁰⁵⁶ También, sobre el “concordato por clases”, su aparición en la legislación concursal italiana y su efecto devastador sobre la *par conditio creditorum*, *vid.*, RACUGNO, G., “Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale. Profili di diritto sostanziale”, *Trattato di Diritto Fallimentare* (directo da BUONOCORE, V., y BASSI, A.), Volume I, Padova, CEDAM, 2010, págs. 490-494.

¹⁰⁵⁷ Tampoco ayuda a la implementación de la *par conditio creditorum* la actual estratificación de la masa pasiva del concurso, que ha crecido sensiblemente no solo con los privilegios concursales, sino con la proliferación de créditos prededucibles o la aparición de conceptos asimilables a los créditos subordinados del ordenamiento español.

con el axioma estudiado¹⁰⁵⁸. Se atiende a demasiados frentes en las soluciones concordatarias al problema de la insolvencia, lo que redundará en la inaplicación en pos de la autonomía privada, de la paridad de trato a todos los acreedores.

Solo resta concluir, y concluir señalando que una vez se han superado los obstáculos iniciales para considerar que en el ordenamiento italiano existe un principio concursal de igualdad de trato a los acreedores y no una mera aplicación de una norma general, el estado de este principio es muy similar al que se ha constatado en España¹⁰⁵⁹. A pesar de haber supuesto, sobre todo en el pasado, un elemento importantísimo del Derecho de la insolvencia, concursalidad y *par conditio* son realidades diferentes. Del mismo modo que se viene sosteniendo en este estudio, el principio de igualdad es un método más, y no el método concursal obligatoriamente. Esto quiere decir que es el medio que escoge –no siempre– el legislador para repartir los activos del concursado en determinadas condiciones, regla que suele inspirar el concurso y que se contrapone a la prioridad temporal. Por el contrario, la concursalidad es un modo para establecer si la garantía patrimonial debe responder al acreedor individualmente considerado, o bien si debe atender a un juicio de carácter universal¹⁰⁶⁰. En definitiva, se trata como decíamos en el caso español de una elección del legislador, que puede optar por el reparto equitativo o la preferencia (temporal o de otro orden) para ordenar la ejecución concursal. Y esa elección está plagada de similitudes entre los sistemas analizados: las dificultades para su implementación en soluciones concordatarias (con especial complejidad en el caso italiano); la intervención pública que subyace a la elección del sistema de paridad u otro distinto en sede concursal; la relatividad del criterio de igualdad como elemento indiscutible de Justicia, ya que no siempre genera ventajas para los acreedores, con el peligro añadido de tratar como idénticas situaciones jurídicas muy diferentes; o el valor práctico de la regla, que se revela en la garantía que supone para los acreedores más débiles del procedimiento concursal.

¹⁰⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁹ Ello debiera haber bastado para incluir la *par conditio creditorum* en el epígrafe anterior, pero hemos preferido dar un tratamiento separado a la cuestión, entendiéndolo que estaba justificado por las dudas aludidas y por la importancia de este principio para la historia del Derecho concursal.

¹⁰⁶⁰ FABIANI, M., *Diritto fallimentare... op. cit.*, pág. 7.

5. El método comparado: resultados

Cuando iniciábamos este capítulo señalábamos algunos motivos que justificaban la elección del ordenamiento italiano en aplicación del método comparado, pues bien, tras dicho análisis corresponde dejar constancia de la evaluación que realizamos sobre el mismo.

En primer lugar, se ha constatado que el sistema concursal italiano adolece de importantes disfunciones, así como sucede con el español, e incluso que algunas de ellas están ocasionadas por los mismos planteamientos. En una referencia que hemos dejado para el final de manera intencionada, dice TERRANOVA¹⁰⁶¹ que el *fallimento* cumple en parte con sus objetivos porque la mera posibilidad de aplicación del Derecho concursal “asusta” al deudor, pero que falla desde el punto de vista de los acreedores a quienes no consigue procurarles satisfacción. Nosotros reinterpretemos la cuestión y decimos que el concurso (o el *fallimento*) asusta a los deudores, pero asusta más a los acreedores. Y ésta es una disfunción que el Derecho concursal no puede ni debe permitirse. Se señala también que el efecto de la aplicación del *fallimento* es especialmente cruel en economías no industriales –como la italiana o la española–, donde si una empresa no obtiene beneficios, pasa a tener un valor ínfimo¹⁰⁶². Se trata de una idea que ayuda a entender los efectos macro del procedimiento concursal en nuestro país: cuando una empresa del sector terciario con más capital humano que de otro tipo cae en insolvencia o deja de obtener beneficios, resulta muy difícil reflotarla, ya que no hay un valor del que partir si la imagen comercial ha sido dañada. En cambio, una industria no obsoleta podrá buscar en muchas ocasiones elementos que optimicen y aseguren una producción eficiente. A partir de la experiencia comparada entendemos esta situación y entendemos que el éxito del procedimiento concursal pasa, en nuestras economías puramente de servicios, por buscar mecanismos de revalorización de la marca, potenciación de la imagen y, sobre todo, alternativas reales a la continuidad empresarial, ya que sin continuidad el mercado perdería la confianza en el concursado y los efectos del procedimiento resultan insuperables. Estas alternativas ya hemos expresado que deben partir de nuevas concepciones no enfrentadas a la liquidación, sino

¹⁰⁶¹ TERRANOVA, G., *Le procedure concorsuali... op. cit.*, págs. 9-10.

¹⁰⁶² *Ibidem.*

que abracen a ésta y a la transmisión del negocio o sus unidades productivas para, si no podemos salvar al insolvente, al menos no destruir aquello que ha construido.

De todo ello se extrae que a pesar de los esfuerzos del legislador español, la Ley Concursal de 2003 no pasa de ser un loable intento por acabar con una concepción represiva del tratamiento jurídico de la insolvencia. Pero la realidad es que esta concepción represiva, que aun se tiene del *fallimento* y que se tenía del sistema concursal previo a la LCon, sigue siendo una característica del ordenamiento español. Los esfuerzos por acabar con tal circunstancia no han sido efectivos, de modo que el deudor concursado no encuentra en la institución un medio para salir de la insolvencia, sino la aplicación de un régimen de graves consecuencias para su persona, dirigido principalmente a la liquidación de sus bienes y la suspensión de sus facultades. Un grado de cumplimiento o de efectividad mayor con respecto a los principios concursales que la LCon trata de imprimir al sistema concursal español habría determinado un cambio de paradigma concursal mucho más acusado. Sin embargo, la represión sigue patente en el ordenamiento actual, aunque con la novedad de que el sistema (la Ley y también la doctrina) tiene una consideración diferente: la de un sistema moderno y progresista en materia de insolvencia. Como venimos señalando en este estudio, el problema del Derecho concursal español se agrava y se multiplica ya que no se agota en su carácter represivo, sino que además cuenta con importantes dosis de incongruencia.

Asimismo, el método comparado nos ha permitido –en la medida de lo posible– conocer el esquema axiomático del Derecho concursal italiano. Sin entrar en cada uno de los principios de éste, podemos poner de relieve que se han encontrado caracteres convergentes y divergentes en nuestro estudio. A rasgos generales, hay que decir que los sistemas español e italiano son parcialmente identificables. La relación de éstos parte de las importantes similitudes en torno a principios fundamentales y sobre todo sustantivos como la universalidad, la integración, la influencia en el Derecho de obligaciones, las limitaciones al deudor o la igualdad de los acreedores. Pero junto a estos paralelismos, tan solo inquietados por diferencias interpretativas o de orden menor, encontramos también importantes variaciones en el modo de concebir la institución concursal. En ese sentido destacan principios que aunque se consideren de Derecho sustantivo (todos los estudiados lo son), van a suponer una manera de proceder en sede concursal. Es el caso de axiomas como la unidad, el principio rogatorio o la

conservación empresarial. Esto nos lleva a pensar que efectivamente subyace una idea de concursabilidad que es la misma, o muy similar en ambos ordenamientos; no obstante, los cauces que se han utilizado para regular el tratamiento jurídico de la insolvencia resultan bien distintos en Italia y en España. El resultado de esa comparación sería, a nuestro modo de ver, favorable a Italia. Allí las reglas concursales responden a criterios más prácticos y menos idealizados, y su falta de pretensiones determina una congruencia mucho mayor. Resulta extraño asistir, en los tiempos de crisis económica actuales, a un concepto de lo concursal que parte, entre otros, de una unidad ficticia y una supuesta salida pactada al problema de la insolvencia. Comparando ambos ordenamientos nos preguntamos si el legislador español de 2003 no fue excesivamente progresista, eliminando instituciones que podrían haber ayudado a la racionalidad del panorama concursal español. La existencia de un procedimiento abiertamente liquidatorio se revela como una necesidad hoy en día, lo que no tiene (en el caso de empresas) que suponer obligatoriamente la disgregación y pérdida masiva de factores productivos. Al sistema español, como al italiano, le faltan medios para aplicar un Derecho concursal guiado por la reinserción, no obstante, hasta que se vislumbren tales mecanismos aun inéditos en nuestro ámbito geográfico, Italia está mejor pertrechada para cualquier escenario relacionado con la insolvencia, pues cuenta con procedimientos (la nómina sigue aumentando o lo hará previsiblemente con la *procedura di allerta*) para tratar de resolver todo tipo de situaciones.

Independientemente de las ideas expuestas sobre las expectativas de la LCon, es necesario señalar que nuestra valoración sobre las pretensiones de la LCon son muy positivas. Es evidente que el legislador trató de mejorar el sistema concursal, y desde luego consiguió simplificarlo. Si bien hemos señalado que la falta de unidad puede suponer una mayor versatilidad, y por tanto una virtud, en relación al ordenamiento italiano, también puede ocurrir que la excesiva fragmentación determine un sistema con una complejidad fuera de los parámetros de lo razonable (como ocurría en España antes de la LCon). De hecho, de cara al estudio de esta rama del Derecho, el fraccionamiento en diversos institutos del sistema italiano ha dificultado sobremanera su estudio, cuestión que no es baladí puesto que se traduce en problemas y obstáculos para los operadores jurídicos que deben entender y aplicar las reglas del esquema concursal. En este sentido, la LCon, con la reducción del número de procedimientos concursales y la

compilación en torno a fundamentalmente un texto, ha conseguido facilitar su estudio. Es cierto que hemos destacado numerosas disfunciones del sistema concursal español, sin embargo, la acción del legislador en esta materia ha aumentado las posibilidades de comprender esta difícil disciplina, cuyas prescripciones son ya de por sí, de un nivel técnico y jurídico muy alto. Precisamente, esta creciente clarificación del Derecho concursal español, frente a otros como el italiano que mantiene un entramado de difícil acceso, ha dejado al descubierto estos puntos flacos de la normativa a los que nos hemos referido. Entendemos que las pretensiones de la LCon eran justificables, aunque de momento los instrumentos no han sido los correctos. Tras este hito fundamental en la historia de nuestro Derecho concursal, es el momento de revisar las disfunciones que, en virtud de un proceso más claro y menos fragmentado, se han revelado en más de diez años de aplicación. Con la experiencia anterior, seguramente sea el momento de llevar a cabo una reforma concursal realista, donde las expectativas encuentren cauces adecuados de implementación, y donde las disfunciones que han quedado a la vista sean corregidas para conseguir, como ya se pretendió en 2003, tener el mejor Derecho concursal.

Finalmente, se ha podido observar que mientras en el Derecho italiano la naturaleza del sistema concursal se fracciona en tantas partes como procedimientos existen, la pretendida unificación de la disciplina en España ha servido para reafirmar sus bases de carácter mercantil. En Italia se mantiene como procedimiento básico y más recurrente el *fallimento*, de carácter comercial y liquidatorio, siendo la solución habitual al problema de la insolvencia; lo que redundaría en la necesaria consideración de esta rama del ordenamiento como una parte del Derecho mercantil. No obstante, la convivencia de procedimientos liquidatorios con otros dirigidos principalmente a la reestructuración, administrativos, destinados al consumidor, al pequeño empresario, etc., difumina esta naturaleza y dificulta su reconocimiento. Desde la perspectiva española, la simplificación del procedimiento, reconducido en su mayor parte a la LCon, ayuda a calificar el carácter de este procedimiento por una razón sistemática, histórica y relativa al fundamento de la institución concursal.

Desde el inicio de esta disciplina, que hemos situado en el Derecho romano, se ha constatado una relación evidente entre Derecho mercantil y concurso; a propósito del mismo, la *bonorum venditio* –primer instituto de naturaleza concursal– viene dado por

el desarrollo del procedimiento formulario, tomado por el pretor urbano del pretor peregrino, que aplicaba las fórmulas para facilitar los litigios con extranjeros, que surgían principalmente en el seno de actividades comerciales. Y la correlación se mantiene muchos siglos, siendo en todo momento el comercio un motor en el desarrollo del Derecho concursal. En este sentido, existen hitos como el Fuero de Jaca (1064) o las Constituciones de las Cortes de Huesca (1188), que están influidos por la figura del comerciante –y el tráfico que deriva del Camino de Santiago en dicho ámbito territorial–, dedicándole disposiciones estrictas y de naturaleza penal cuando cae en insolvencia (prisión pública). Con un nivel superior de técnica jurídica, ya en el siglo XIV, el Derecho catalán inicia en España la tradición de la quiebra propiamente dicha, un sistema para el tratamiento jurídico de la insolvencia que institucionaliza las medidas severas y penales para el deudor comerciante. Consideremos este Derecho catalán como un mero continuador de la estela marcada por el Derecho estatutario italiano, que sigue en esta época una clara línea legislativa de castigo al *fallito* y que podría haber condicionado vía intercambios comerciales un área geográfica de influencia mercantil como la Corona de Aragón; o bien pensemos que la represión a este tipo de deudores apareció por el desarrollo autónomo del Derecho en una región de comerciantes; resultaría clara –en ambos casos– la correlación entre el desarrollo del comercio y el de las reglas concursales. Al respecto resulta revelador que en los Reinos de Castilla, donde el comercio tardó más en generalizarse, el avance del Derecho de la insolvencia fue posterior, estando ligado a la suerte de aquél. Se podría pensar que con la aparición de los tratadistas españoles del Siglo XVII, principalmente con SALGADO DE SOMOZA, la tradición española se separa de este perfil, sin embargo, es necesario señalar que su obra –y sus institutos de quita y espera– no diferencia entre el deudor civil y el deudor comercial. Ello no quiere decir que se niegue la importancia del comercio en relación al Derecho concursal, sino que se unifican las reglas conocidas hasta entonces y las creadas en ese momento para tratar un problema que, de hecho, era fundamentalmente de carácter mercantil¹⁰⁶³. La influencia mercantil deja verse tanto en los periodos en que la insolvencia civil se ha separado de la comercial, como en los

¹⁰⁶³ Si el tratamiento dispensado por el *Labyrinthus* era de carácter indulgente con el deudor, ello no puede confundirse con la disociación de dos elementos siempre relacionados como el comercio y la institución concursal. Dicho tratamiento sería común a todos los deudores, pero no implica que la realidad concursal se olvide del comercio como principal empuje en la producción de normas en esta materia.

momentos en que ambos se han regulado conjuntamente. Tanto es así, que más tarde siguen apareciendo hitos que refutan esta teoría, como las Ordenanzas de Bilbao (1737) y otras ordenanzas consulares, que mantienen la quiebra como un instrumento jurídico para castigar al comerciante insolvente. No es hasta mediados del siglo XIX, con la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y el Código Civil de 1889, cuando se institucionaliza de manera más clara el tratamiento separado de la insolvencia civil (quita y espera) y la insolvencia comercial (suspensión de pagos y quiebra), que durará hasta el año 2003 con la pretendida implantación de un principio de unidad por la LCon. Con este repaso historiográfico es evidente que, tradicionalmente, las instituciones concursales han respondido a la necesidad de solventar la insolvencia de los comerciantes, que es en términos agregados la que tiene, por el volumen de su impacto, importancia real para el orden económico. El origen del concurso es mercantil, y el motivo por el que ha ido cambiando esta rama del ordenamiento ha sido también comercial. De este modo, la insolvencia civil ha mantenido un segundo plano, siempre a expensas de las nuevas tendencias en una disciplina que ha sido creada y que tiene su lógica en un momento lamentablemente natural de la vida de un comerciante, su insolvencia. Por tanto, no podemos dudar la mercantilidad del concurso por cuanto supone el ámbito en el que ha nacido, crecido y desarrollado sus principales perfiles. Actualmente, la sensibilización del Derecho con todo sujeto, y especialmente con consumidores y operadores jurídicos que en el tráfico comercial se consideran “débiles” ha supuesto un creciente interés por las reglas concursales que se aplican a éstos¹⁰⁶⁴. No obstante, no podemos olvidar que se

¹⁰⁶⁴ Al respecto, es paradigmático el creciente número de estudios sobre este tema (por todos: DOMÍNGUEZ CABRERA, M. P., “La posición jurídica...” *op. cit.*); así como la actividad legislativa en España, con mecanismos –aun insuficientes– como el de la segunda oportunidad, y también en Italia, con procedimientos específicos para este tipo de deudores. En general, tanto la doctrina española como la italiana han desarrollado un notable aumento de los estudios sobre la posición del consumidor en el ordenamiento jurídico. En este sentido destaca el Profesor MEZZASOMA, con un importante elenco de obras sobre este tema: MEZZASOMA, L., “La protección del contratante débil en la legislación italiana”, *Revista Jurídica de daños*, nº 2, 2012; “Il Codice del consumo italiano e la tutela del contraente debole”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 86, 2013; “La protección del consumidor y del usuario en el ordenamiento italiano (la noción de consumidor y usuario)”, *Práctica Derecho de daños: Revista de responsabilidad civil y seguros*, La Ley, nº 116, 2013; “Consumatore e Costituzione”, *Rassegna Diritto civile*, nº 1/2015; “Novità del diritto contrattuale in Italia e tutela del contraente debole”, *Le Corti Umbre*, nº 3/2014; “Novedades del Derecho de Contratos italiano y la tutela del contratante débil”, *Revista crítica de derecho privado*, nº 12, Volumen 1, 2015. En colaboración: RIZZO, V., CATERINI, E., DE NELLA, L. y MEZZASOMA, L. (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010; MEZZASOMA, L., RICCIUTO, V., RIZZO, V., y LLAMAS

trata de normas que han sufrido una traducción a dichos ámbitos de actuación, pues su razón primera es la insolvencia de quien realmente va a tener un impacto no social sino económico sobre el mercado: los comerciantes. Esta circunstancia es más clara en Derecho español tras el estudio del sistema italiano actual, ya que la diversidad de instituciones desdibuja, o mejor dicho fragmenta el análisis realizado y complica el establecimiento de axiomas generales. Sin embargo, la “unidad” del Derecho concursal español permite constatar cómo las reglas concursales están diseñadas para responder al esquema de una insolvencia comercial, que se adaptará en su caso (no siempre con éxito) a las necesidades del deudor civil. En definitiva, refutamos una de nuestras hipótesis iniciales, que atiende a la clara mercantilidad de la institución concursal.

POMBO, E. (a cura di), *Il consumatore di servizi tra Italia, Spagna e Latino America*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

PARTE CUARTA
CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

I

PRIMERA.- Origen de la institución concursal en el Derecho romano

La primera expresión jurídica de la institución concursal, el primer ejemplo de concurso, se encuentra en el seno del Derecho romano, concretamente en torno a la *bonorum venditio*. El simplismo normativo y la nota de ejecución personal de épocas anteriores impiden situar el antecedente en la época de las *legis actiones* (*manus iniectio*), de modo que el primer instrumento jurídico con la naturaleza y complejidad necesaria para ser calificado como “concurso” se generaliza en el procedimiento por fórmulas de la época clásica (tras la *Lex Poetelia Papiria*, que elimina la responsabilidad personal por deudas), que a su vez se extiende a la jurisdicción del pretor urbano tras su nacimiento como instituto procesal propio de la pretura peregrina, ante los conflictos con extranjeros, causados principalmente por el comercio. El tráfico mercantil es y será el motor de cambio del Derecho concursal, como supuso también el contexto en el que nació la *bonorum venditio*, primera forma de concurso si atendemos a nuestra concepción del mismo como remedio jurídico a la insolvencia, dotado de reglas necesarias para la concurrencia de varios acreedores sobre un mismo deudor, ordenándose un procedimiento de relativa complejidad para conseguir la solución del conflicto. En la *bonorum venditio* y otros mecanismos similares que se desarrollaron en Roma (*cessio bonorum* y *distractio bonorum*), se encuentran similitudes o características compartidas con nuestro actual concurso que asombran por el espacio temporal entre ellas: naturaleza judicial, decreto de apertura y fase inicial de constatación de las masas, limitación de facultades del deudor, figura del síndico, atenuación de efectos para el deudor que solicita su propio procedimiento, el mecanismo de “espera” como aplazamiento, segunda oportunidad (*beneficium competentiae*), agravación de resultados para el deudor de mala fe, acciones de reintegración, *par conditio creditorum* y privilegios concursales.

SEGUNDA.- La doctrina concursal española de los siglos XVI y XVII como fuente de inspiración y progreso del Derecho concursal tanto en España como en otros países europeos

Siendo el tema de la concurrencia de acreedores de gran interés para la sociedad y para los ordenamientos que se han sucedido en España desde la etapa del Derecho romano (con numerosas normas y compilaciones: *Liber Iudiciorum*, Fuero Juzgo, Siete Partidas, Nueva Recopilación, pragmáticas, fueros, etc.), resulta fundamental la aportación de nuestra doctrina a la disciplina. En concreto, la figura de Salgado de Somoza y su *Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam* ha sido un hito en la Historia del Derecho difícilmente igualable. No ya solo su superación del tratamiento del deudor según su naturaleza civil o mercantil, sino que su técnica jurídica ha trascendido hasta nuestros días, siendo su mayor defecto absolutamente ajeno a la voluntad del autor: la falta de fuerza legislativa. Aunque existe una amplia nómina de autores importantes en esta materia como De Hevia Bolaños o Amador Rodríguez, lo cierto es que la obra de Salgado de Somoza merece especial mención. Reafirmó la responsabilidad patrimonial del deudor común, tantas veces olvidada pese a haberse eliminado ya en el Derecho romano la ejecución personal, incidiendo en un tratamiento jurídico de la insolvencia que verdaderamente superaba la concepción penal del procedimiento, o mejor dicho, trasladando el aspecto punitivo a una categoría específica de deudores de la mala fe. Junto al concepto benigno de la insolvencia, destaca el de protección del crédito y el de interés público del concurso, elementos que aun son debatidos. Se judicializa aun más el procedimiento, que aumenta sus dimensiones, creciendo la presencia del poder público como garantía de aquél. La obra de Salgado de Somoza es pionera, se trata el primer tratado procedimental y comprensivo de toda la realidad concursal; y única, por cuanto viene a colmar lagunas importantes teóricas y prácticas en el Derecho de la insolvencia del siglo XVII, manteniéndose muchos de sus elementos en la actualidad, tanto en España como en otros ordenamientos que han notado su irradiación, especialmente el alemán.

TERCERA.- La acción de los comerciantes a través de los Consulados de Comercio, especialmente el de Bilbao, y su proyección en la regulación de la insolvencia comercial

Ante la necesidad de superar los problemas de dispersión normativa en relación a los textos jurídicos sobre insolvencia anteriores al siglo XVIII y la falta de fuerza vinculante de obras completas y sistemáticas como la de Salgado, aparecen las Ordenanzas de Bilbao de 1737. Se trata, de nuevo, de un texto impulsado por los comerciantes –Consulados de Comercio– de manera autónoma (aunque el texto contara con sanción regia), para dotarse de reglas que pudieran poner fin a los problemas derivados no ya de la insolvencia, sino de su tratamiento jurídico. Su grado de implantación fue muy relevante, extendiéndose por casi todos los territorios españoles (incluso los de ultramar) a través de la asunción de las mismas o de la inspiración de otros Consulados de Comercio (como el de Málaga). Las Ordenanzas de Bilbao responden a una Justicia impartida por los propios comerciantes, además de armonizar las reglas de la quiebra mercantil, sistematizándolas en su conjunto por primera vez. Es una obra jurídica de gran calado no solo por su aplicación, cuestión en la que mejoran con mucho al *Labyrinthus*, sino que gozan de una cuidada técnica jurídica. Pese a la idea generalizada, la quiebra de las Ordenanzas de Bilbao no tienen un marcado carácter punitivo, al menos no en todos los casos ya que recoge algunos elementos importantes de nuestra tradición concursal. La figura de Salgado de Somoza influye en la redacción de las Ordenanzas, de modo que el peor castigo (que aplica la jurisdicción ordinaria), se reserva a los quebrados dolosamente. Con respecto a otros deudores con un grado de culpa inferior, la norma les prevé los mecanismos de quita y espera.

CUARTA.- Necesidad de la reforma legislativa tras el siglo XX

La situación del Derecho concursal español en los siglos XIX y XX resulta tan dramática desde el punto de vista técnico y social, que la profunda revisión del sistema era una necesidad de primer orden en España. Desde las buenas intenciones del Código de Comercio de 1829, hasta la situación inmediatamente anterior a 2003, se produjeron una serie de incoherencias legislativas que supusieron una auténtica debacle en el tratamiento jurídico de la insolvencia. En este periodo se asistió a la promulgación de todo tipo de normas en materia concursal, que venían a engrosar un acervo que acabaría

siendo indescifrable: Códigos de Comercio, Leyes procesales generales, normas especiales para la quiebra de determinadas empresas o ramos de actividad, la Ley de Suspensión de Pagos, etc. No solo se separaría el tratamiento de la insolvencia civil y comercial, sino que dentro de dichas categorías había múltiples normas con un complejo sistema de prelación (incluso era de aplicación supletoria a la quiebra las reglas del concurso como proceso civil). Es también en esta época cuando el vocablo “concurso” se relega al ámbito del deudor no comerciante, sin mayores justificaciones. Sin duda, se trata de la etapa más negra de nuestro Derecho concursal, cuya reforma era absolutamente prioritaria.

II

QUINTA.- El contexto de la LCon y sus implicaciones en el desarrollo de la norma

El contexto de la promulgación de la Ley Concursal de 2003 es de vital importancia para entender su fracaso en ciertos aspectos. Por un lado, la situación económica, de expansión y crecimiento sostenido, no auguraban la crisis que estaba por venir; y por otro, la coyuntura jurídico-concursal, con una legislación hipertrófica, dispersa y falta de coherencia. Ambas circunstancias fueron el caldo de cultivo perfecto para la consecución de una reforma de gran calado: la coyuntura económica permitía el margen de maniobra en un sector de la legislación sobre el que no se preveían grandes problemas, mientras que el sistema jurídico de respuesta ante la insolvencia era ya insostenible. El crecimiento económico y la expansión del crédito (sobre todo hipotecario), venían a confirmar que la insolvencia sería en años venideros una circunstancia más excepcional que de otro orden. Así, el legislador no preparó las herramientas necesarias para responder a la insolvencia agregada o generalizada durante la etapa de crisis económica, dejándose llevar por el loable propósito de ordenar y simplificar una rama del ordenamiento que hasta entonces era un desastre.

SEXTA.- Inadecuación del presupuesto subjetivo de la Ley Concursal

El presupuesto subjetivo del concurso en la Ley 22/2003 no se adecua a las condiciones esperables de una norma concursal moderna. La personalidad física o jurídica como criterio de concursabilidad, si bien parece extensivo, deja fuera de su ámbito de aplicación a entidades que pueden tener, quizá no de manera agregada pero sí

de forma aislada, una trascendencia económica relevante (comunidades de bienes, sociedades irregulares, etc.), sin que haya ninguna razón para dicho olvido. En una norma que trata de adaptarse a cualquier realidad del tráfico comercial, el criterio de la personalidad no es idóneo, existiendo otros conceptos que podrían extender la aplicación de aquélla. En este sentido proponemos con parte de la doctrina el de “autonomía patrimonial”, que sería un elemento mucho más acorde con el Derecho societario, uno de los escenarios más importantes en que se desarrolla la normativa concursal, donde el patrimonio social es la garantía de solvencia; potenciándose así la relación natural entre ambos. Además, en vía de excepciones, la LCon evita la sujeción a sus prescripciones a las entidades de Derecho público, lo que reporta un injustificado privilegio de las administraciones públicas, cuyo nivel de endeudamiento no se controla en sede concursal, desoyendo la experiencia del Derecho comparado y la experiencia propia, que está repleta de ejemplos de administraciones deficitarias y mal gestionadas – y que sí suponen un problema para la economía en general–.

SÉPTIMA.- No sujeción de las sociedades irregulares al concurso

Las sociedades mercantiles irregulares no cuentan con un tratamiento específico en la LCon. Adoleciendo éstas de personalidad jurídica propia, sobre ellas concluimos que no tienen capacidad concursal pasiva, esto es, no pueden concursar o ser objeto de tal procedimiento. Existen razones de todo orden para tal afirmación: la inscripción en el RM es constitutiva de la personalidad, la publicidad de hecho no puede sustituir a la registral a efectos de adquisición de la personalidad jurídica y las únicas excepciones al presupuesto subjetivo de la LCon se encuentran en su artículo 1. De modo que la falta de personalidad implicará también su no sujeción a la Ley 22/2003. La responsabilidad por las deudas que adquiere la irregular es en relación al patrimonio de sus socios directa y solidaria, de modo que son ellos los sujetos con personalidad que pueden adquirir la condición de concursado, aun en razón de las deudas de la sociedad irregular. También es posible la acumulación de concursos de los socios, pero nunca al de la sociedad que, no reuniendo los requisitos de personalidad y dado que el legislador no ha dispuesto en contrario, no se encuentra sometida a la LCon.

OCTAVA.- Caracteres de la definición de insolvencia como presupuesto objetivo

El presupuesto objetivo del concurso, la insolvencia, se revela en la Ley Concursal como una situación económica, de fondo, que implica unas determinadas condiciones en la relación entre el patrimonio del deudor y los créditos de sus acreedores: la imposibilidad –incapacidad– para cumplir regularmente con las obligaciones exigibles. De esta definición legal de insolvencia se extraen dichos caracteres, que se refieren a: la disociación entre incumplimiento e insolvencia, de modo que no todo incumplimiento implica insolvencia (por ejemplo, el incumplimiento voluntario); la regularidad en el cumplimiento, que determina que una prestación satisfecha en modo irregular no elimina la posibilidad de declarar el concurso del deudor; el vencimiento y exigibilidad de las deudas como regla general (el vencimiento puede faltar en la insolvencia inminente); y la apreciación judicial, básica para que pueda iniciarse el procedimiento.

NOVENA.- Disociación entre insolvencia y endeudamiento

El concepto de insolvencia no puede entenderse únicamente como una parte del presupuesto objetivo, cuyo contenido se completa con la idea de endeudamiento, en consonancia con lo que ha puesto de relieve por parte de la doctrina. La insolvencia agota por sí misma el presupuesto objetivo del concurso. La referencia expresa al endeudamiento supone una idea totalmente rechazable por cuanto dicho concepto está ya inserto en el de insolvencia. Ésta, constituye un término que alude a la incapacidad de satisfacer con un patrimonio concreto unas determinadas deudas. Por tanto, el endeudamiento es consustancial a la insolvencia e incurriríamos en una paradoja si buscáramos la caracterización de un insolvente no endeudado.

DÉCIMA.- La prueba de la insolvencia

El legislador español ha configurado un sistema probatorio con relación a la insolvencia altamente confuso. En vez de optar por un único modelo, bien de *numerus apertus*, bien de *numerus clausus*, se ha acogido una suerte de híbrido, que dificulta el esclarecimiento de las condiciones necesarias para demostrar la insolvencia. Mientras que en el concurso voluntario depende del propio deudor, sin explicitarse medios concretos de prueba, en el concurso necesario existen determinadas manifestaciones,

tasadas, en las que el acreedor u otro legitimado debe fundar la solicitud de concurso. Las consecuencias de este sistema se traducen en confusión y problemas para conciliar una idea fija sobre un elemento importante del presupuesto objetivo, como es la prueba de la insolvencia. Concluimos que la lista de manifestaciones externas del artículo 2.4 LCon suponen en realidad una guía para el acreedor, que facilita su recurso al procedimiento concursal. Entendiendo que es ésa su naturaleza, la de favorecer las posibilidades de acceso al concurso de carácter necesario, no podemos compartir el rigor empleado, que no permite la fundamentación de dicha solicitud en base a otros datos a los que pueda tener acceso el acreedor instante. Si tan solo fuera una guía y no una obligación en materia de concurso necesario, sería más fácil la caracterización de un presupuesto objetivo, cuya prueba seguiría un modelo de *numerus apertus* en relación al concurso voluntario; y también en el concurso necesario, aunque en este caso proporcionándose una importante ayuda al solicitante.

DECIMOPRIMERA.- El presupuesto objetivo de la LCon y su falta de anticipación

No es necesario mirar al Derecho comparado, aunque ello facilita la cuestión, para comprender que la insolvencia como único presupuesto objetivo del concurso cuenta con errores en su conceptualización. En España no existen procedimientos de naturaleza preventiva, por lo tanto, todo procedimiento concursal ordinario va a necesitar acreditar la situación de insolvencia, cuya caracterización supone un estadio muy tardío en una crisis económica, lo que a su vez determina una acción no tempestiva de los órganos del concurso. Las posibilidades de éxito en cuestiones de insuficiencia patrimonial dependen en gran medida de la premura con que sean impuestas las medidas necesarias. Debe acudir a la configuración del presupuesto objetivo para permitir algún tipo de acción o procedimiento concursal previo al momento de la insolvencia, o seguirá siendo un imposible el establecimiento de un sistema concursal más allá de la liquidación del patrimonio del deudor. Nuestro ordenamiento prevé el remedio cuando la enfermedad está demasiado avanzada.

III

DECIMOSEGUNDA.- Proceso de reforma de la LCon: inseguridad y disfunciones producidas por su consideración de Ley anticrisis

La continua reforma de la legislación concursal ha proporcionado no pocos problemas a un sistema que ha envejecido de forma apresurada en unos pocos años de aplicación por una mala planificación de la acción legislativa. Se han constatado diez normas que modifican de manera sustancial y en profundidad la Ley Concursal de 2003, amén de otras disposiciones que han sido reformadas sin mayores consecuencias para el sistema. Teniendo en cuenta que el proceso de reforma se inició en el año 2009, es claro que no existe otra norma en nuestro ordenamiento que se haya visto sometida en los últimos años a semejante proceso de revisión. Ello ha producido una sensación –real– de inseguridad jurídica en torno al tratamiento jurídico de la insolvencia, sin que la reforma de la LCon sorprenda ya a ningún operador jurídico. Es innegable la desconfianza que genera un sector de ordenamiento en continuo cambio, donde las modificaciones vuelven a ser reformadas sin transcurrir los tiempos razonables para analizar y valorar la aplicación e idoneidad de aquéllas. Además, este proceso se ha llevado a cabo en un momento de crisis económica, etapa que es notoriamente incompatible con la reforma concursal. No puede solucionarse un problema financiero, político y económico como la crisis a través de la modificación de las reglas concursales. De modo que lo único que se ha conseguido es desgastar la LCon a base de reformas parciales, en lugar de prever un sistema transitorio para los años de recesión, manteniendo intacta la obra legislativa de 2003, cuyo éxito o fracaso merecía estar determinado por sus propias virtudes o disfunciones, y no por la acción descontrolada del legislador. Obviamente la Ley de 2003 no estaba preparada, ninguna Ley sobre insolvencia lo está, para la coyuntura económica en que se ha desenvuelto en los últimos años, como no era el instrumento que habría de servir para paliarla. Las situaciones excepcionales requieren medidas excepcionales y la modificación de la Ley Concursal no lo es, ya que las reformas que se introducen se mantienen en un sistema que, en condiciones razonables, debe volver a encontrarse con un ciclo económico más favorable, mientras que sus reglas ya han sido desfiguradas. La Ley Concursal debería luchar contra la insolvencia, no contra la economía.

DECIMOTERCERA.- Institutos concursales y desmantelamiento del procedimiento ordinario de concurso

Las reformas del Derecho concursal español han supuesto un cambio en la vertiente axiomática de la disciplina. Las Leyes promulgadas han tenido como objetivo principal la búsqueda de soluciones alternativas al procedimiento ordinario de insolvencia, huyendo así de una institución refundada recientemente, y que podría haber sido promocionada en otros términos. Esta circunstancia ha cristalizado en la creación de institutos concursales, término engañoso puesto que se trata de institutos no anteriores, sino contrarios por definición al proceso concursal. En ellos –acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pago– se da una nota característica, cual es la reducción del formalismo y rigor procedimental que caracteriza al concurso. La aparición de tales instrumentos en un sistema supuestamente unitario, dañan la congruencia de la norma y niegan algunas de las bases que fundamentaron la creación del concurso. Entre ellas, destaca la “procesalización” del concurso como garantía para todos los actores interesados, que recogía una idea inserta en nuestra tradición concursal desde el *Labyrinthus* de Salgado de Somoza. Se viene produciendo, con cada reforma, el desmantelamiento de nuestro sistema concursal, que no ha sabido encontrar un modelo de convivencia entre el procedimiento ordinario y los institutos concursales, donde cada uno goce de sus propios espacios.

IV

DECIMOCUARTA.- Identificación de los principios concursales

La parte fundamental de la investigación es la identificación y glosa de los principios concursales, cuestión que se ha tratado con una extensión y profundización que garantizan, al menos, la justificación teórica de cada uno de los axiomas que se han analizado. En concreto son: unidad, rogación, limitación de facultades del deudor, universalidad, integración, conservación de la actividad económica, modulación de la realidad jurídico-obligacional del deudor y *par conditio creditorum*. Cada uno cuenta en la LCon con unas condiciones específicas y un grado de cumplimiento o efectividad diverso. No obstante, la sola caracterización del esquema axiomático del Derecho concursal español supone probablemente el resultado más interesante de la investigación.

DECIMOQUINTA.- Verdaderas manifestaciones del principio de unidad: el vocablo “concurso” (denominación) y los Juzgados de lo mercantil (jurisdicción)

El principio de unidad del concurso debe ser interpretado en manera diversa a como la Ley proclama. Las propias prescripciones de la LCon y el sistema concursal en general, nos llevan a reconocer la existencia de dicha unidad en dos ámbitos que no coinciden con los específicamente reconocidos *ex* Ley 22/2003, a saber: unidad de denominación, con la voz “concurso” sin más calificativos ni la expresión “de acreedores” (las alusiones en tal sentido en la LCon no hacen sino mostrar la incongruencia del legislador que lo rechaza expresamente en la Exposición de Motivos), lo que identifica la voluntad de establecer un nuevo procedimiento; y unidad de jurisdicción, que se consiguió con la modificación de la LOPJ y la creación de los Juzgados de lo Mercantil, únicos competentes en materia concursal. Siendo éstos los ámbitos en que se reconocen manifestaciones reales del principio de unidad, se niega la efectividad del mismo en torno a las tres vertientes (legal, de disciplina y de procedimiento) promocionadas por la Ley Concursal en base a distintos criterios.

DECIMOSEXTA.- Rechazo al concepto de unidad legal

La unidad legal no puede darse en un sistema que, inicialmente, ya cuenta con dos importantes normas sobre Derecho concursal: la LCon y la LORC, esta última en razón de la reserva de Ley Orgánica para poder incluir determinadas reglas relacionadas con derechos fundamentales del deudor. Además, existe un Derecho concursal que hemos calificado como especial, en torno a las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras. Las normas reguladoras de la insolvencia o de las especialidades en relación a al insolvencia de este tipo de deudores son de diverso orden y puede referirse a: tutela de los ahorradores, el FROB, vigilancia y control por parte de autoridades administrativas como la CNMV, etc. A ello hay que sumar otro sector en que se han constatado importantes distorsiones por el desplazamiento de la aplicación de las reglas concursales, la insolvencia de las entidades deportivas, y la pervivencia de la LEC como norma procesal.

DECIMOSÉPTIMA.- La no superación de las diferencias en el tratamiento de la insolvencia civil y comercial (unidad de disciplina)

La unidad de disciplina parte de una concepción “ideal” del procedimiento de concurso en que no existen diferencias entre el tratamiento jurídico del deudor mercantil y el deudor civil. Sin embargo, la realidad se impone con las especificidades propias del comercio, expresándose en distintos elementos que diferencian el régimen jurídico del deudor comerciante. La Ley, consciente de su compromiso con la unidad, tapa estas diferencias señalando medidas concretas que serán aplicables eufemísticamente al deudor obligado a llevar contabilidad, o bien a inscribirse en el RM. Además, el principio de conservación de la actividad empresarial no puede sino aplicarse a los comerciantes (y profesionales). Siendo una idea de carácter central en la LCon, su vigencia exclusiva en la insolvencia comercial va a determinar una importante diferencia entre el concurso del comerciante y el concurso del deudor civil. En esa misma línea, vamos a registrar distinciones relevantes con respecto a un tipo especial de comerciantes, el empresario social. Aunque no se identifique únicamente –sí principalmente– con el fenómeno de las sociedades, los artículos 48 a 48 quáter LCon establecen el régimen particular de las personas jurídicas concursadas. No puede asociarse dichos preceptos únicamente a la realidad societaria, sin embargo, es claro que su aplicación tendrá como destinatario, en la mayor parte de los casos, un tipo especial de comerciante: la sociedad. De modo que elevamos dicha frecuencia, en una generalización que puede ser rechazable pero cercana a la realidad. Fuera de tales normas procedimentales, identificamos otra diferencia crítica entre el concurso de la persona jurídica –entendiendo el papel principal de la sociedad– y el de la persona física: la liquidación va a suponer en el caso de la primera la extinción de su personalidad, circunstancia que no puede concurrir en el caso de la persona física. El concurso con liquidación determina la “muerte” de la persona jurídica.

DECIMOCTAVA.- Rechazo a la idea del procedimiento único en la Ley Concursal

La unidad procedimental fue conceptualizada como la superación de la diversidad de instrumentos concursales preventivos y ejecutivos. Esta superación, que pudo existir si obviamos las implicaciones que podría tener el concepto de insolvencia inminente, se ha visto desvirtuada con la aparición de los institutos concursales, cuyo objetivo –

pese a mantener sorprendentemente como presupuesto la insolvencia– es la prevención. A esta circunstancia hay que sumar: el desdoblamiento del procedimiento en una fase alternativa que puede acabar con convenio o liquidación (sin contar excepciones como el convenio anticipado o el concurso consecutivo), las especialidades procedimentales de las entidades financieras y aseguradoras, y la existencia de un procedimiento abreviado y diferente al ordinario para los casos de menor entidad.

DECIMONOVENA.- Principio rogatorio

Las cuestiones privadas no implican la intervención directa del Estado, sino que necesitan la aquiescencia o denuncia de los interesados para dar lugar a dicha intromisión. El principio rogatorio, cuya naturaleza es *a priori* más procesal que sustantiva, tiene una versión con importantes consecuencias materiales en el concurso. Se trata de un axioma que puede expresarse como parte de otro mayor, el principio dispositivo, o aparecer de forma autónoma, como ocurre en este caso. Ello no quiere decir que deje de ser una manifestación del principio dispositivo, sino que no van a operar con respecto al procedimiento concursal, otras realidades que conforman junto con la rogación, el principio dispositivo. El contenido de este axioma consiste en la necesidad de una solicitud de parte para iniciarse el procedimiento y la consecuente prohibición del concurso de oficio (ni siquiera tiene legitimación el Ministerio Fiscal para solicitarlo). Resulta imposible la conformación de un proceso en que falte la petición por parte de alguno de los legitimados al Juez competente, puesto que se trata de una institución de jurisdicción voluntaria. A pesar de ser la solicitud de concurso conceptuada en la Ley como una obligación para el deudor, dicha prescripción del artículo 5 LCon no tiene mayores efectos si nadie solicita la apertura del concurso. Esta situación reafirma la consideración del concurso como una institución de carácter privado, que a pesar de contar o incorporar en su seno intereses de todo tipo –incluso generales–, pivota en torno a las relaciones entre particulares, que deben ser parte activa del procedimiento para que éste pueda iniciarse. El principio rogatorio implica la voluntariedad o disposición de las partes respecto del momento procesal más fundamental, su inicio, y por tanto, de todo el procedimiento.

VIGÉSIMA.- Concurso voluntario y concurso necesario: falta de preferencia del legislador y degradación del concurso como instrumento contra la insolvencia

La Ley Concursal no tiene una clara preferencia por el concurso voluntario o el concurso necesario. Distinguiéndose ambos en razón del solicitante de apertura del procedimiento, les corresponde por regla general (en muy pocas ocasiones se separa el Juez de las reglas de correlación) al primero el régimen de intervención, y al segundo el régimen de suspensión. No obstante, no parece el legislador decidido a promocionar ninguna de estas modalidades por encima de la otra. En el articulado de la Ley encontramos estímulos tanto positivos como negativos en uno y otro sentido. En todo caso, lo que se detecta es la promoción del proceso concursal en sí, dada la consideración del concurso, hoy mucho menos clara por culpa de los institutos preconcursales, como el medio más eficiente para resolver el problema de la insolvencia.

VIGESIMOPRIMERA.- Caracteres de la limitación de las facultades patrimoniales del deudor

A cambio de entregar la gestión de su patrimonio, el concursado recibe en contraprestación un régimen especial de cumplimiento de las obligaciones. Esta “pérdida de soberanía patrimonial” supone la limitación más fundamental de cuantas integran lo que hemos denominado “principio de limitación de facultades del deudor” (existen otras relativas, por ejemplo, a algunos derechos fundamentales). En relación a la limitación patrimonial, que deviene en la anulabilidad de los actos del concursado, ésta cuenta con cuatro caracteres básicos: implican una carga al deudor que tiene como contrapartida la protección de los acreedores, se trata de una injerencia en los derechos del deudor como consecuencia del incumplimiento de otros derechos (la satisfacción de los acreedores) y responde a una lógica sancionadora en el caso del régimen de suspensión con respecto al régimen de intervención (menor que en otras épocas, pero presente al coexistir varios niveles de invasión en las facultades patrimoniales del deudor).

VIGESIMOSEGUNDA.- Naturaleza jurídica del concursado: inhabilitado

La naturaleza jurídica del concursado es una cuestión que, atendiendo a sus limitaciones patrimoniales, es realmente compleja. El análisis comparado de las figuras del pródigo y del concursado resulta una interesante metodología, con buenos resultados a los que habría sido imposible llegar por otro camino. Se debe desechar la idea de que el concursado puede ser considerado un incapaz total o parcial, o en cualquiera de las formas en que pueda manifestarse la incapacidad (pese a que exista limitación en la capacidad de obrar). En el deudor concursado, como en el pródigo, no concurren dos elementos que deben acompañar siempre al incapaz: falta de autogobierno en algún grado y la protección dispensada a favor de sí mismo. De este modo, si la institución de guarda tiene como objetivo la protección del propio incapaz, nada similar ocurre con el concursado, cuya limitación patrimonial tiene como razón de ser los derechos de crédito de sus acreedores, es decir, la protección de terceros. Eliminada la posibilidad de considerar como incapaz –en ninguno de sus niveles– al concursado, y constatadas otras dificultades para encajar su posición en los *nuevos estados civiles*, proponemos interpretar la naturaleza jurídica del concursado como la de un “inhabilitado”. Se trata de la opción más plausible dado su carácter atípico, lo que le permite adaptarse a las especiales condiciones del deudor concursado, en una dinámica similar a la pena que impide la gestión del patrimonio ajeno, pero en relación a bienes propios. La intromisión en la esfera privada consistente en la limitación a la capacidad de obrar respecto del propio patrimonio solo puede justificarse atendiendo a una suerte de inhabilitación a favor de terceros.

VIGESIMOTERCERA.- Autonomía del principio de universalidad en el concurso respecto del artículo 1911 CC

Existe en el proceso concursal un principio de universalidad que rige en la formación de la masa activa. Su formulación –artículo 76.1 LCon– determina que el deudor responda en el juicio universal con todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que ostente a la fecha del concurso, además de los que se reintegren o adquiera hasta que finalice el procedimiento. Tanto el concepto como sus consecuencias son muy similares a la responsabilidad universal patrimonial del artículo 1911 CC, sin embargo, no se trata de una reformulación o aplicación de éste en el ámbito concursal.

Pese a que podría encuadrarse en tal esquema de responsabilidad (todos los bienes presentes y futuros), vigente en nuestro Derecho común, otorgamos al principio de universalidad concursal autonomía con respecto al artículo 1911 CC. Hay motivos de distinto orden para concluir en ese sentido: no puede sostenerse que el artículo 76.1 LCon es una manifestación del artículo 1911 CC, ya que se desenvuelve en una institución –el concurso– que es abiertamente contraria al orden obligacional establecido por el Derecho común; tampoco ha habido ninguna referencia al respecto por parte del legislador, que podría haber determinado la aplicación de la responsabilidad universal patrimonial al proceso concursal, sin necesidad de rehacer el concepto en el art. 76.1 LCon; y por último, existen razones independientes que llevan a conceptualizar este tipo de responsabilidad en el concurso, como la necesidad de compensar el efecto de ejecuciones separadas y privilegios sobre la masa activa. De este modo, se constata que aunque rija una responsabilidad universal en el concurso, no se trata de una aplicación del principio general que obra en el Código Civil. Su contenido es el mismo, pero el camino teórico seguido hasta tal objetivo es diverso, un razonamiento autónomo que converge en lo sustancial pero que no implica la extensión de una norma del Derecho común más allá de sus límites.

VIGESIMOCUARTA.- Convivencia entre el principio de universalidad y las supuestas excepciones *ex derechos de ejecución separada*

Considerados los diferentes trámites que deben realizarse para llegar a obtener la masa activa en el concurso, se concluye que las operaciones de minoración de la misma (*separatio ex iure dominii* y *separatio ex iure crediti*) no suponen, en contra de una creencia generalizada, excepciones al principio de universalidad. Esta idea es definida como la sujeción de todo bien o derecho de contenido patrimonial (admitimos la excepción mínima que suponen los bienes inembargables) presente o futuro, a la satisfacción de sus acreedores. En este sentido, la existencia de derechos de ejecución separada no conculca en ningún modo la afectación de los bienes en cuestión al pago de los acreedores del concursado. Puede que este tipo de operaciones suponga problemas para otros principios del procedimiento concursal, ahora bien, si nos centramos en la universalidad como el axioma que debe presidir la formación de la masa activa y no salimos de ese ámbito, es claro que se está respetando la intención del legislador con el artículo 76.1 LCon.

VIGESIMOQUINTA.- Principio de integración: contenido y *vis attrativa*

La formación de la masa pasiva se concreta en una serie de trámites que siguen una máxima concursal propia de esta parte del procedimiento: el principio de integración. Su contenido viene dado por la creación en sede concursal de una comunidad de pérdidas de la que por regla general, formarán parte todos los acreedores. Siendo ese su contenido esencial, se identifican otros elementos que, sin referirse explícitamente a la comunidad de pérdidas, posibilitan la existencia de ésta (contenido necesario) o facilitan su efectividad (contenido accesorio). Destaca en este sentido la intangibilidad de la masa activa, esto es, la prohibición a los acreedores de realizar ejecuciones singulares sobre bienes del concursado. Se vinculan estos distintos niveles de acción en el principio con el concepto –más procesal– de *vis attrativa*, si se considera en sentido amplio. Así, entendemos que éste se manifiesta en su vertiente positiva con la atracción de todos los acreedores al proceso concursal (comunidad de pérdidas); y también en su vertiente negativa, al vetar a los acreedores el inicio o continuación de procedimientos ejecutivos singulares contra el deudor (intangibilidad de la masa).

VIGESIMOSEXTA.- Autonomía del principio de integración

El principio de integración es autónomo y se diferencia radicalmente de otros axiomas concursales a los que la doctrina lo ha querido asociar en distintos momentos. Frente a la universalidad, puede decirse que éste vertebra la formación de la masa activa, mientras que la integración supone el sometimiento de los acreedores a un consorcio en el que se repartirán las pérdidas consustanciales a una situación de insolvencia. Que ambos tengan vocación de universalidad no los convierte en la misma cosa, de hecho, el estudio de las excepciones de uno y otro revela que se trata de realidades axiomáticas diferentes. Y frente a la *par conditio creditorum*, hay que decir que el principio de integración solo prevé la sujeción de los acreedores del concursado a las reglas del procedimiento, esto es, a la comunidad de pérdidas, mientras que el principio de igualdad determina la proporción en que soportarán esas pérdidas cada uno de los acreedores.

VIGESIMOSÉPTIMA.- Acreedores contra la masa y con privilegio especial: excepciones al principio de integración

La propuesta interpretativa que se realiza sobre el contenido del principio de integración requiere entrar en conflicto con la Ley Concursal en relación a los elementos que respetan aquél, o que suponen una excepción a dicha regla. Así, destaca la consideración de los créditos contra la masa y los créditos con privilegio especial. Los titulares de créditos contra la masa estarían en nuestro esquema plenamente integrados porque, pese a gozar de prededucibilidad, formarían parte de la comunidad de pérdidas, al responder el deudor frente a ellos con la masa activa, igual que frente al resto de acreedores concursales; se considera así el crédito contra la masa como un *superprivilegio*, al menos en su formulación actual, que ha perdido la lógica de “coste del concurso” que motivó su creación. En lo que respecta a los acreedores con privilegio general (y a los titulares de derechos de ejecución separada), también entendemos *contra legem*, que éstos van a salir del circuito de la integración concursal por cuanto se trata de deudas que serán satisfechas con cargo a bienes que los garantizan, esquivando por tanto del consorcio de pérdidas. A ellos no afectará el concurso del mismo modo, puesto que el elemento de incertidumbre acerca del cobro de sus créditos –o sobre la proporción del cobro–, que caracteriza al acreedor integrado, se minimiza con la existencia de la garantía real. Puede matizarse esta circunstancia en el caso de privilegios sobre bienes necesarios para la continuidad empresarial, sobre los que existen plazos más dilatados para la realización de aquéllos, no obstante, no es el elemento temporal sino el efectivo, el que debe guiar el razonamiento en este punto.

VIGESIMOCTAVA.- Prohibición de la compensación: prescripción superflua

A pesar de ser un argumento de sobra tratado en los estudios de Derecho concursal, llegamos a una importante conclusión respecto de la prohibición de la compensación en el concurso del artículo 58 LCon. En primer lugar situamos la compensación en el seno de un procedimiento concursal como un mecanismo que ataca no al principio de igualdad de los acreedores, lesión que hemos demostrado no habría de darse obligatoriamente en todos los casos, sino al principio de integración en el sentido en que se estaría faltando a la exigencia de intangibilidad de la masa activa y por ende, el no concursado escaparía a la comunidad de pérdidas. Pero, principalmente, debemos

concluir que la prescripción de dicho precepto es superfluo ya que la compensación, cuyo régimen jurídico está en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil, no superaría en una situación concursal el requisito del artículo 1196 en su numeral 5°. El precepto veta la posibilidad de compensar deudas si sobre alguna de ellas hay contienda promovida por terceras personas. En un proceso concursal, donde existe un juicio por la totalidad de los bienes del deudor, es evidente que no se dan los requisitos legales para la compensación y por tanto el artículo 58 LCon podría –debería– eliminarse sin mayores consecuencias.

VIGESIMONOVENA.- Naturaleza dual asimétrica del principio de conservación de la actividad económica del deudor

El principio de conservación de la actividad económica del deudor es de naturaleza dual asimétrica. Se manifiesta la continuidad empresarial en una doble realidad, siendo la relevancia de cada una de ellas diversa para el legislador. La principal expresión está presente en las reglas que facilitan o permiten la conservación de la actividad tras el concurso, finalidad que la propia Ley se encarga de proclamar frente a la liquidación, que debería haber supuesto la regla excepcional; mientras que, la continuidad durante el procedimiento, responderá más a una obligación de gestión eficiente de la masa activa y a su valor instrumental en la consecución del objetivo principal: la conservación post-concurso. Se considera que una interrupción en la actividad económica con motivo de la apertura de un procedimiento concursal puede ser el golpe definitivo al deudor concursado, de modo que se busca mantener esta actividad, con la intención de llegar a la fase alternativa de concurso en las mejores condiciones para permitir la conservación definitiva.

TRIGÉSIMA.- El fracaso del principio de conservación: convenio concursal (primer estadio) e institutos preconcursales (segundo estadio)

Si bien la finalidad principal del proceso concursal tal y como se conceptúa en la Ley 22/2003 es la satisfacción de los acreedores, su desarrollo ha unido de manera indisoluble dicho concepto con la liquidación concursal, aun cuando ésta no supone siempre la mejor satisfacción para los acreedores –sí la más rápida–. El legislador tenía en mente un sistema en que el cauce procedimental básico fuera el convenio, esperando que la insolvencia fuera, en la mayor parte de los casos, una situación patrimonial

reversible, que con tiempo y los mecanismos adecuados pudiera corregirse. No obstante, la realidad se ha impuesto y la aplicación de la LCon ha supuesto una tasa altísima de liquidaciones con respecto al total de insolvencias. La naturaleza del convenio, como un pacto que debiera revertir en el beneficio para los acreedores ha quedado absolutamente degradada, considerándose un instituto pro-deudor y sin aplicación. Ha fracasado el primer estadio de normas que trataban de impulsar la conservación de la actividad económica y que se refieren al convenio concursal como instrumento principal. No obstante, no tardaron en aparecer los institutos preconcursales, y con ellos un nuevo estadio (el segundo) en los estímulos para la solución pactada y conservativa de la insolvencia. El resultado no fue muy diferente a la vista de las estadísticas, así que tenemos el fracaso de instrumentos de muy diverso orden en relación a la promoción de un axioma que ha sido mal entendido desde sus inicios. Con estos datos, la norma todavía cae en la incongruencia de mantener como solución natural al proceso concursal el convenio, en un nuevo alarde de incoherencia legislativa. El grado de cumplimiento del principio es actualmente mínimo.

TRIGESIMOPRIMERA.- Liquidación y continuidad: tercer estadio en los instrumentos de promoción del principio de conservación de la actividad económica del deudor

Ante la decepción que ha supuesto la regulación del convenio concursal y los institutos preconcursales, se atisba en la acción legislativa –tímida aun en este sentido– y en la experiencia comparada, un nuevo estadio (el tercero) en la promoción del principio de conservación de la actividad económica del deudor. Se trata de las normas que van a regular la transmisión de unidades productivas y la reestructuración empresarial en situaciones de insolvencia. Visto que la norma es inidónea para hacer atractiva la solución pactada y conservativa, el éxito de la conservación –principalmente empresarial– debe pasar por integrarse en el cauce procedimental al que se acude de forma masiva: la liquidación. El nuevo paradigma debe superar la barrera del medio (pacto o liquidación), para permitir que sea el resultado quien se imponga en la valoración de la medida. Así, bien a través de la transmisión de unidades productivas, cuyo nuevo régimen jurídico se encuentra en el artículo 146 bis LCon; o bien con la reestructuración empresarial, sin regular aun en nuestra LCon, se pueden reconciliar los conceptos de liquidación y conservación (principalmente en manos de un tercero). Se

trata de un nuevo sector en el estudio del Derecho concursal que entendemos se desarrollará más que ningún otro en los próximos años. Si lo que alarma a la sociedad es la pérdida de factores productivos y la destrucción de empresas, éstos nuevos mecanismos pueden suponer la reasignación eficiente de los mismos que consiga por fin dar sentido, –y aplicación– al hasta ahora virgen principio de conservación de la actividad económica del deudor.

TRIGESIMOSEGUNDA.- Concurso como agente deformador del Derecho de obligaciones

Se concibe el Derecho concursal como un conjunto de reglas que afectan principalmente al Derecho de obligaciones. El concurso es un elemento deformador de la teoría general de obligaciones y contratos, siendo la aplicación de aquél una fuente de divergencias en lo que al Derecho común se refiere. La relación entre estas esferas del ordenamiento es clara ya que la aplicación del procedimiento viene dada por: la incapacidad del deudor de cumplir sus obligaciones; los efectos de la declaración se manifiestan en el régimen de responsabilidad del deudor con respecto a sus obligaciones; y en la interpretación de las reglas concursales, su relación con el Derecho de obligaciones es un criterio básico. La naturaleza del concurso de agente deformador del Derecho de obligaciones es evidente y se muestra en los numerosos ámbitos en los que influye, corrige e incluso contradice las normas de éste, a saber: nuevas obligaciones para el deudor insolvente, nuevas obligaciones para los acreedores del concursado, suspensión del devengo de intereses, transformación del régimen de responsabilidad con la prohibición de la agresión al patrimonio del concursado singularmente, concepto de pérdida en lugar de expectativa como elemento común de los acreedores (comunidad de pérdidas), ineficacia del principio de relatividad de los contratos, nuevas acciones especiales del procedimiento concursal (reintegración) y un desconocido régimen contractual para el Derecho común.

TRIGESIMOTERCERA.- Invalidez de los paradigmas de continuidad de los contratos y conservación de la actividad económica del deudor y su correlación

La manifestación arquetípica de la relación entre el Derecho común de obligaciones y el Derecho concursal se encuentra en los efectos que tiene este último sobre los contratos, como expresión más perfecta del concepto de obligación y dada su

importancia para el comercio y para la sociedad en general. Usualmente, la doctrina ha reconocido un principio de vigencia o continuidad de los contratos en el procedimiento concursal como elemento reforzador de la conservación de la actividad económica del deudor. Sin embargo, rechazamos que vigencia y conservación sean paradigmas posibles en la actual configuración de los contratos en la LCon. En primer lugar, la vigencia de los contratos como fenómeno concursal queda en entredicho vistas las posibilidades resolutorias que se establecen precisamente en la norma concursal tanto para contratos específicos, como en la disciplina general de los contratos con obligaciones recíprocas (resolución en interés del concurso y reconocimiento de la posible existencia de normas particulares que deroguen la prohibición de cláusulas que resuelvan contratos por la declaración de concurso de una de las partes). En segundo lugar, la correlación entre la supuesta tendencia a la vigencia de los contratos la conservación empresarial debe ser espuria, en razón del número de concursos que acaban con tal resultado. Además, la continuidad de un contrato puede suponer un gran activo durante el procedimiento no solo de cara a la conservación de la empresa, sino también atendiendo al valor del mismo o de los frutos que haya reportado, en una futurible liquidación. Por todo ello, se propone una nueva interpretación de las normas sobre contratos en el concurso, consistiendo ésta en la subsunción de las mismas en un axioma mayor, el principio de modulación de la realidad jurídico-obligacional, al suponer fundamentalmente la aplicación de normas que matizan y en algunos casos contradicen a las prescripciones del Derecho de contratos. El principio no determina el sentido de tal régimen especial, sino que se limita a constatar la existencia del agente deformador del Derecho de obligaciones y contratos, cuestión que se adecua perfectamente a las reglas sobre contratos en la LCon.

TRIGESIMOCUARTA.- Fricciones entre la Ley Concursal y el Código Civil en materia de obligaciones y contratos

Se pueden identificar específicamente algunas fricciones entre el régimen de los contratos de los artículos 61 y siguientes de la Ley Concursal y algunos preceptos básicos del Código Civil. Al respecto destacamos la línea independiente que sigue el Derecho concursal respecto de los siguientes: artículo 1255 CC, de modo que la autonomía de la voluntad de las partes queda truncada por el recurso continuo al concepto de interés concursal para suplantar la voluntad de las partes en materia

obligacional (incluso fuera del concurso con la prohibición de cláusulas que permitan resolver contratos por motivos de insolvencia); artículo 1256 CC, al cambiar la posición del deudor durante el procedimiento concursal, lo que le permite extinguir contratos en base a intereses propios y criterios que no contempla el Derecho común; artículo 1091 CC, con la constatación de un desequilibrio que reduce la intensidad normativa del contrato como fuente de obligaciones, modificándose además los términos que se pactaron en un momento previo a la insolvencia, en virtud –entre otros– de nuevas facultades resolutorias *ex* LCon; y artículo 1124 CC, que determina la resolución por incumplimiento expresamente reconocida por el artículo 62 LCon, no obstante, entre ambas acciones existen diferencias críticas en torno al ámbito de aplicación, el concepto de cumplimiento, el carácter judicial o extrajudicial, las atribuciones del Juez y la efectividad de la resolución.

VI

TRIGESIMOQUINTA.- Definición de la *par conditio creditorum*

Definimos en nuestro estudio el principio de la *par conditio creditorum* como: principio exclusivamente concursal, que se revela en normas o criterios de interpretación tendentes a garantizar fórmulas de reparto de la masa guiadas por la idea de igualdad entre los acreedores concurrentes, como medio más aceptable de distribución de pérdidas entre la masa pasiva, respondiendo así a los intereses particulares, colectivos y generales presentes en el procedimiento, en una suerte de cooperación obligatoria que preside la solución al concurso.

TRIGESIMOSEXTA.- Contexto de la *par conditio creditorum*

Se trata de un principio que le es propio al ámbito concursal, puesto que se manifiesta en la concurrencia de acreedores ante un patrimonio insuficiente para satisfacerlos a todos. Su extrapolación fuera del mismo no tendría sentido pues la tutela de la igualdad de los acreedores en el sistema general de responsabilidad de agresión singular y legítima al patrimonio del deudor tiene lugar *ex* artículo 14 CE. La igualdad en el procedimiento concursal cuenta con unas connotaciones especiales, pues se suspenden facultades tanto del deudor como de los acreedores, para asegurar un reparto que no podría darse en aplicación del Derecho común. Dentro del concurso, la *par*

conditio se ciñe a un ámbito en el que despliega sus efectos, la solución del concurso, sea liquidatoria o conservativa –con menos claridad–, por ser el momento procesal en el que tiene lugar el reparto de pérdidas.

TRIGESIMOSÉPTIMA.- El privilegio concursal: concepto y caracteres

El privilegio concursal es un concepto, tal y como lo es la propia *par conditio*, de honda tradición en esta rama del Derecho. Ambos tienen su origen en el Derecho romano y han llegado a nuestros días en una relación que hasta ahora ha sido tan indisoluble como destructiva. El privilegio se define como una cualidad accesorio del crédito que se traduce en una posición de preferencia de su titular con respecto al resto de acreedores en la concurrencia por el patrimonio del concursado, que responde a una necesidad de proteger determinados créditos en base a su causa o a las condiciones de sus titulares. De modo que el privilegio es contrario a la *par conditio creditorum*, expresando una excepción a ésta que, sea cual sea su origen (incluso negocial), es de carácter legal. El elemento en el que se basa puede ser de distinto orden pero la naturaleza del privilegio es estrictamente legal, debiendo hacerse una interpretación lo más restrictiva del mismo si la intención es conculcar lo menos posible el principio de igualdad de trato a los acreedores. En la actual clasificación de créditos, es casualmente en la categoría donde la *par conditio* no existe ni entre los acreedores de la misma categoría, donde se ha constatado la manifestación genuina del privilegio: los créditos con privilegio general. Su configuración implica un derecho de preferencia sobre el patrimonio del deudor concursado y no sobre bienes concretos, respetando de manera fiel el sentido del privilegio.

TRIGESIMOCTAVA.- Proliferación de privilegios y efectos sobre la igualdad de los acreedores: propuesta de eliminación del principio por ser una mera elección del legislador

Con la Ley 22/2003 se materializó una reducción de privilegios muy celebrada pero que es, a todas luces, insuficiente; insuficiente al menos para un sistema que propugna la *par conditio creditorum*. Además de acoger la norma privilegios que suelen comportar importantes cuantías, han aparecido otros por vía de las reformas operadas en los últimos años, siendo el resultado un sistema que cuenta con demasiados privilegios, exceso que es producto de la mala implementación de esa pretendida reducción. La

igualdad de los acreedores concursales es, con el sistema actual, un ideal inalcanzable ya que las normas impiden su consecución. De hecho, su vigencia solo puede entenderse en su vertiente más pura en torno a los créditos ordinarios, única categoría en la que se respeta de forma escrupulosa la “ley del dividendo”. Nuestro concepto de *par conditio creditorum* no es tan restrictivo, tolerando su adaptación a realidades que no se guíen por la exacta proporcionalidad, aunque es sintomático que tan solo se aplique en una categoría de créditos relativamente marginal –residual en su definición–. Ante tal panorama, se han evaluado diferentes posibilidades interpretativas, siendo la más plausible la eliminación de la referencia a la igualdad de los acreedores en la LCon. La *par conditio creditorum* es una elección de política legislativa, no un criterio constitucional de obligado cumplimiento para el legislador. De modo que, siendo clara su falta de efectividad en el sistema concursal español, entendemos como un ejercicio de coherencia la apuesta por otro modelo de Justicia concursal, que existe ya *de facto* en la LCon, basado en la preferencia y la jerarquía de créditos y no en la igualdad.

TRIGESIMONOVENA.- La complicada conceptualización del crédito contra la masa en sede de igualdad

El sentido inicial del crédito contra la masa está en la caracterización de un tipo de créditos extraconcursoales y muy excepcionales, que son producidos por los propios costes del procedimiento. No obstante, todos sus caracteres fundamentales han sido transgredidos por la LCon. Ha dejado de ser un recurso excepcional, para acoger un buen número de supuestos (y definidos con *numerus apertus*); ha crecido su nómina con la inclusión de nuevos créditos que no son un coste del procedimiento sino que preexistían a la declaración de éste y que son puramente concursales; su ubicación en la norma es del todo inapropiada, obrando en la sección dedicada a la composición de la masa pasiva (que supuestamente no integra). En definitiva, se ha olvidado la lógica de la extraconcuralidad para aproximarse a la de un impropio privilegio muy cualificado. No obstante, su prededucibilidad y supuesta preferencia frente a cualquier crédito tampoco se sustenta. La LCon respeta en la satisfacción de los créditos contra la masa, los bienes y derechos afectos a un crédito con privilegio especial, de manera que sitúa a éstos, siguiendo el criterio de la efectividad y no el temporal –mucho más lógico en la cuestión de la igualdad de los acreedores–, en el primer escalón del orden de prelación. A pesar de que la Ley señala la posición preminente del acreedor de la masa, resulta que

el privilegio especial goza de una protección mayor, lo que entronca con nuestra idea de que el privilegio especial es realmente extraconcursal, esto es, una categoría no integrada ya que su titular no participa de la comunidad de pérdidas (como la *separatio ex iure crediti*). Esta circunstancia, *quasi* oculta en la LCon, determina –de nuevo– una importante incoherencia legislativa y confusión para el operador jurídico, que puede presentar dudas razonables sobre las intenciones de la Ley en relación a qué conceptos ha decidido privilegiar por encima de otros y las razones de tal decisión.

VII

CUADRAGÉSIMA.- Fragmentación del sistema concursal italiano: modelo no unitario

Justificada la elección del ordenamiento italiano como el elemento de referencia en la aplicación del método comparado por su proximidad cultural y jurídica (tradición del Derecho romano, pertenencia a la UE, etc.), se detectan no solo semejanzas, sino también importantes diferencias con el ordenamiento español. El sistema concursal italiano participa de una concepción propia de mediados del siglo XX, en la que el tratamiento jurídico de la insolvencia partía de la clara diferenciación entre el deudor civil y el deudor comercial, así como de la distinción de los distintos institutos concursales para combatir la insolvencia, en un intento de adaptar las normas aplicables a cada situación. Se diversifican así los instrumentos, para tratar de dar respuesta a toda problemática. La fragmentación resultante no tiene por qué ser negativa para la conceptualización del Derecho concursal, de hecho, puede implicar mayor facilidad para dotar de coherencia el sistema concursal, cuyo fracaso viene determinado en muchas ocasiones por el intento de responder a múltiples intereses sin los instrumentos adecuados. No obstante, la falta de expectativas en el tratamiento de la insolvencia más allá de la satisfacción de los acreedores –cuestión aplicable al *fallimento*–, puede implicar el estancamiento del Derecho concursal. En cualquier caso, la segmentación existente en el ordenamiento italiano dificulta intensamente su estudio. La comprensión de las categorías concursales en Italia necesitan un sobreesfuerzo muy importante dada la naturaleza múltiple de sus instituciones, lo que no solo complica su estudio, sino que también esconde sus disfunciones y merma la capacidad para dar respuesta a las mismas. Por el contrario, la regulación concursal española cuenta con la importante

virtud de haber simplificado el sistema y, con ello, haber dejado tanto sus puntos fuertes como sus disfunciones más visibles, lo que permitiría una acción más certera sobre los elementos que distorsionan su aplicación.

CUADRAGESIMOPRIMERA.- Legitimación activa en Italia: negación del principio rogatorio

En Italia no puede hablarse de un principio rogatorio en relación al proceso concursal. La existencia de una legitimidad *quasi* de oficio a partir de la acción del *Pubblico Ministero* impide admitir la vigencia del principio dispositivo en torno al inicio del procedimiento. Además, en algunos procedimientos concursales como la *amministrazione straordinaria*, todavía existe la iniciativa puramente de oficio. No podemos por tanto reconocer el principio de Justicia rogada en el sistema concursal italiano. En consecuencia, la *officiosità* que la doctrina italiana reconoce a aquél, en nuestro caso solo podríamos entenderla una vez iniciado el procedimiento, donde puede que se aplique el principio dispositivo a través del impulso de parte en el proceso. No obstante, en cuanto al inicio del mismo, es claro que puede imponerse el interés público y por consiguiente, no opera el principio rogatorio que es expresión de un ámbito de jurisdicción voluntaria, donde los litigios son considerados de carácter privado.

CUADRAGESIMOSEGUNDA.- Conservación empresarial en el ordenamiento italiano: adecuación de instrumentos específicos y anticipación

La conservación empresarial en Italia no es, en absoluto, un objetivo cumplido por el legislador en términos cuantitativos: aun existe un porcentaje mayoritario de procesos liquidatorios, siendo preponderante el *fallimento*. En cualquier caso, el sistema no cae en las claras incongruencias en que incurre la LCon, que propugna el convenio y la conservación como el escenario habitual en la aplicación de la institución. Ello, porque existe en el ordenamiento italiano una sana disociación entre solución pactada y solución conservativa a la insolvencia, de modo que un *convenio fallimentare* puede disponer la liquidación del patrimonio. No siempre que exista pacto entre deudor y acreedores será en sentido conservativo. Se mantiene la coherencia ya que falta la pretensión de un sistema que asegura *ex lege* una solución que no puede garantizar. Tal circunstancia describe el panorama general del ordenamiento italiano, así como del *fallimento* (instituto concursal básico). No obstante, la conservación empresarial sí

preocupa al legislador italiano, que ha creado procedimientos específicamente preparados para llegar a una solución continuativa de la actividad económica del deudor. En ellos, el concepto fundamental es el de anticipación. Es palmario que los institutos concursales que tratan de dar una solución conservativa a la insolvencia tienen que anticiparse a una situación patrimonial irreversible. En este sentido el sistema italiano cuenta con el “estado de crisis”, un presupuesto objetivo más amplio que la insolvencia y que permite la acción temprana de procedimientos preventivos (que también seguirá la proyectada *procedura di allerta*). La inicial superación en el ordenamiento español de los institutos ejecutivos y preventivos (unidad de procedimiento), eliminó la posibilidad de introducir otros presupuestos objetivos distintos a la insolvencia. Sin embargo, esta opción quedó absolutamente degradada con la inclusión de los institutos preconcursales, que insólitamente mantienen esa identidad de presupuesto objetivo con el procedimiento ordinario. Un instituto preconcursal cuyo presupuesto objetivo replica al del concurso es un despropósito legislativo de grandes dimensiones.

CUADRAGESIMOTERCERA.- Similitudes en el estudio de los principios que rigen los procedimientos concursales en Italia y España

Se reputan similitudes muy acusadas en torno a los principios de limitación de facultades del deudor, universalidad, integración y modulación de la realidad jurídico-obligacional en los ordenamientos español e italiano. Convergen ambos sistemas en un buen número de axiomas, lo que hace reconocibles las instituciones concursales en uno y otro país. Se trata de principios sustantivos, que identifican una finalidad común. Cabe entonces señalar que en el ámbito concursal, nuestros ordenamientos responden a una misma lógica, al menos una intención similar, aunque esta circunstancia decaiga en cierto modo cuando se constatan las diferencias en torno a principios concursales que, si bien comparten su carácter sustantivo, se refieren más al modo y a los instrumentos por los que el legislador ha optado para dar atención a dicha finalidad común. Las ideas son similares, aunque el modo de implementarlas no. En Italia se mantiene un sistema realmente más congruente y menos ambicioso, mientras que el español está cargado de expectativas sin cumplir.

CUADRAGESIMOCUARTA.- La igualdad de los acreedores en el modelo italiano

La *par conditio creditorum*, siendo el regla concursal por excelencia, debe entenderse en el sistema italiano como una semejanza con respecto a la situación española, tanto en grado de implantación y efectividad como en sus perspectivas de futuro. Inicialmente, esta afirmación aparentemente sencilla debe saltar un importante escollo y es que, si en Derecho español la caracterización de la *par conditio creditorum* como un principio concursal es sencilla dada la alusión de la LCon a la igualdad de los acreedores, en Italia no es la *Legge Fallimentare* la que recoge la regla, sino el *Codice Civile* en su artículo 2741. No obstante, en el Código Civil italiano se contienen también normas de marcado carácter mercantil, baste citar la regulación del Derecho societario en su libro V (“*Del Lavoro*”). Además, el análisis del estado de la cuestión muestra posicionamientos doctrinales, a los que nos adherimos, que recogen la consideración el principio como propio del ámbito concursal. Esta circunstancia y la detección de los mismos problemas que acontecen en el Derecho español, tales como la proliferación de privilegios y clases crediticias y la mejorable adaptación del axioma a la solución pactada de la insolvencia, son los argumentos que nos llevan a concluir que estamos ante una semejanza entre ambos sistemas.

VIII

CUADRAGESIMOQUINTA.- Inadecuación de las normas concursales para la consecución de sus principales finalidades

El Derecho concursal, sea en España que en Italia, no ha conseguido dar cumplimiento a sus principales objetivos. Se trata de un sector del ordenamiento que no contenta al deudor ni a sus acreedores. Tanto la satisfacción de los acreedores como la conservación de la actividad económica del deudor son fines que si bien no han sido desatendidos, no quedan garantizados en el grado en que sería esperable. De hecho, ambos conceptos se relacionan más de lo que inicialmente pueda parecer. En las economías basadas en el sector terciario y con un tejido industrial más bien débil – como la italiana o la española–, la continuidad empresarial se revela como un elemento fundamental para buscar la mejor satisfacción de los acreedores. La correlación se concreta en tanto que la mayoría de empresas, en estos contextos, no cuentan con un importante valor productivo en su haber que pueda optimizar su manufactura o ganar en

eficiencia, sino que el capital preponderante será el humano, siendo la obtención de beneficios una condición *sine qua non* para la generación de valor a partir de los bienes de la empresa. De este modo, si la continuidad empresarial se ve interrumpida, el resultado en economías terciarias o de servicios es más grave, puesto que la satisfacción de los acreedores va a estar fuertemente ligada a la conservación de la empresa, entendiéndose que el valor de la realización de los bienes de ésta no alcanzaría por regla general cotas aceptables de satisfacción crediticia. La inadecuación de las normas concursales, o su falta de estímulos en el sentido de promocionar soluciones conservativas que permitan hacer responder al deudor concursado con el beneficio de su actividad profesional o empresarial puede determinar –especialmente en el caso de España– la consideración del sistema como represivo, en tanto que no se establece el marco adecuado para la recuperación del deudor insolvente, que era además el espíritu de la LCon. En el punto en que nos encontramos actualmente, concluimos que lo más razonable sería una nueva revisión de la institución concursal desde sus bases, incorporando las importantes aportaciones que el análisis económico del Derecho puede hacer al Derecho concursal, promocionándose la idea de un “concurso eficiente”, donde se pueda discriminar con nitidez el deudor viable, que merece un esfuerzo por parte de legislador; y el que no tiene que pasar por todo un procedimiento que finalizará a todas luces con la liquidación de sus bienes, en lugar de utilizar criterios generalizadores que no se adaptan a la realidad de cada deudor.

IX

CUADRAGESIMOSEXTA.- Mercantilidad de la institución concursal

En el origen y en el desarrollo de la institución concursal hay un elemento clave que ha supuesto su causa y su motor durante la historia de la disciplina: el comercio. El Derecho concursal es más que ninguna otra cosa un sector del Derecho mercantil, ya que ha sido la realidad comercial la que ha impulsado la creación de sus principales institutos y mecanismos y da sentido a la misma. El estudio de sistemas fragmentados, con procedimientos específicos para el deudor civil (como el italiano) dificulta la comprensión de esta realidad ya que apriorísticamente puede inducir a la confusión de que el concurso se expresa en diferentes procesos, algunos comerciales y otros civiles. No obstante, nuestra tradición concursal y nuestra Ley vigente dejan claro que es una

procedimiento preparado y organizado para dar respuesta a la insolvencia comercial y que se ha adaptado, de la mejor manera posible, al deudor no comerciante. Atendemos a la clara mercantilidad de la institución concursal, no por ello negando que el Derecho concursal (como se ha dicho por la doctrina) engrose la nómina de ámbitos del ordenamiento que a través de leyes especiales sirven a unificar el Derecho privado, superando las diferencias entre Derecho civil y Derecho mercantil. No obstante, en este caso dicha unificación se da por la vía de la mercantilización de toda realidad concursal, tenga origen en el comercio o no (aunque la lógica adaptación de las reglas determine diferencias entre ambos), ya que es en éste donde ha encontrado su origen, su desarrollo y su sentido. Se impone en el ordenamiento una concepción mercantil del concurso, que se ha extendido a todos los ámbitos de la vida.

X

CUADRAGESIMOSÉPTIMA.- Definición del concurso caracterizado en la LCon

Tal y como hemos caracterizado axiomáticamente el concurso en la LCon, podemos definirlo como la única institución que trata jurídicamente la insolvencia, a través de un procedimiento rogado que incide de manera crítica sobre la esfera obligacional del deudor, que ve recortadas sus facultades a cambio de un régimen especial de cumplimiento de las obligaciones, quedando prohibido durante el procedimiento la ejecución singular por parte de los acreedores, que se integran en una comunidad de pérdidas y sustituyen aquella ejecución individual propia del Derecho común por una suerte de ejecución colectiva sobre todos los bienes del deudor y, en la medida de lo posible, conservativa de su actividad económica, donde el criterio fundamental de reparto es –o debiera ser– la igualdad de todos los acreedores.

CONCLUSIONI

I

PRIMA.- Origine dell'istituzione concorsuale nel Diritto romano

La prima espressione giuridica dell'istituzione concorsuale, il primo esempio di concorso, si trova nel seno del Diritto romano, concretamente intorno alla *bonorum venditio*. Il semplicismo normativo e la nota di esecuzione personale di epoche anteriori impediscono di situare l'antecedente nell'epoca delle *legis actiones (manus iniectio)*, di modo che il primo strumento giuridico con natura e complessità necessaria per essere qualificato come "concorso" se generalizza nel processo formulare dell'epoca classica (dopo la *Lex Poetelia Papiria*, che elimina la responsabilità personale per i debiti), che a sua volta si estende alla giurisdizione del pretor urbano dopo la sua nascita come istituto processuale proprio della pretura peregrina, di fronte ai conflitti con gli stranieri causati principalmente dal commercio. Il traffico commerciale è e sarà il motore di cambiamento del Diritto concorsuale, come suppone anche il contesto nel quale nacque la *bonorum venditio*, prima forma di concorso se prendiamo la nostra concezione dello stesso come rimedio giuridico all'insolvenza, dotato di regole necessarie per il concorso di vari creditori su di un debitore, ordinando un procedimento di relativa complessità per conseguire la soluzione del conflitto. Nella *bonorum venditio* e altri meccanismi simili che si sviluppano a Roma (*cessio bonorum y distractio bonorum*), troviamo similitudini o caratteristiche condivise con il nostro attuale concorso che sorprendono per la distanza temporale tra di esse: natura giudiziale, decreto di apertura e fase iniziale di constatazione delle masse, limitazioni delle facoltà del debitore, figura del sequestratario, attenuazione di effetti per il debitore che sollecita il procedimento, il meccanismo di attesa come posticipazione, seconda opportunità (*beneficium competentiae*), aggravio del risultato per il debitore in mala fede, azione revocatoria, *par condicio creditorum* e privilegi concorsuali.

SECONDA.- La dottrina concorsuale spagnola del XVI e XVII secolo come fonte d'ispirazione e progresso del Diritto concorsuale tanto in Spagna come in altri paesi europei.

Essendo il tema del concorso di creditori di grande interesse per la società e per gli ordinamenti che si sono succeduti in Spagna dalla tappa del Diritto romano (con numerose norme e compilazioni: *Liber Iudiciorum*, *Fuero Juzgo*, *Siete Partidas*, *Nueva Recopilacion*,,, *pragmaticas*, *fueros*, ecc.), risulta fondamentale l'apportazione della nostra dottrina alla disciplina. In concreto, la figura di Salgado de Somoza e il suo *Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam* è stata una pietra miliare nella Storia del diritto difficilmente eguagliabile. Non solo il superamento del trattamento del debitore secondo la sua natura civile o commerciale, ma anche la tecnica giuridica è arrivata fino ai nostri giorni, essendo il suo difetto assolutamente estraneo alla volontà dell'autore: la mancanza di forza legislativa. Pur esistendo un ampio numero di autori importanti in questa materia come De Hevia Bolaños o Amador Rodríguez, certo è che la opera di Salgado de Somoza merita speciale menzione. Riaffermò la responsabilità patrimoniale del debitore comune, molte volte dimenticata nonostante l'eliminazione nel Diritto romano dell'esecuzione personale, incidendo nel trattamento giuridico dell'insolvenza che davvero superava la concezione penale del procedimento, o meglio, trasferendo l'aspetto punitivo a una specifica categoria di debitori di mala fede. Insieme al concetto benigno di insolvenza, rileva quello della protezione del credito e dell'interesse pubblico del concorso, elementi che ancora non sono dibattuti. Si rende ancor più giudiziale il procedimento, che aumenta le sue dimensioni, crescendo la presenza del potere pubblico come garanzia di quello. L'opera di Salgado de Somoza è pioneristica, si tratta del primo trattato procedimentale e comprensivo di tutta la realtà concorsuale; e unica, per quanto va a colmare importanti lagune teoriche e pratiche nel Diritto d'insolvenza del siglo XVII, mantenendo molti dei suoi elementi nell'attualità, tanti in Spagna che nel resto degli ordinamenti che hanno notato la sua irradiazione, specialmente il tedesco.

TERZA.- L'azione dei commercianti attraverso i "Consulados de Comercio", specialmente quello di Bilbao e la sua proiezione nel regolamento dell'insolvenza commerciale.

Di fronte alla necessità di superare i problemi di dispersione normativa in relazione ai testi giuridici sull'insolvenza anteriori al XVIII secolo e la mancanza di forza vincolante di opere complete e sistematiche come quella di Salgado, appaiono le "Ordenanzas de Bilbao" del 1737. Si tratta, di nuovo, di un testo promosso dai commercianti –"Consulados de Comercio"– di maniera autonoma (anche se il testo conta con sanzione regia), per dotarsi di regole che potessero porre fine ai problemi derivati non già dall'insolvenza, ma dal suo trattamento giuridico. Il suo grado di impianto fu molto rilevante, estendendosi per quasi tutti i territori spagnoli (inclusi quelli oltremare) attraverso l'assunzione delle stesse o dell'ispirazione di altri Consolati di Comercio (come quello di Málaga). Le Ordinanze di Bilbao rispondono a una Giustizia impartita per i propri commercianti, oltre ad armonizzare le regole del fallimento commerciale, sistematizzandole nel suo insieme per la prima volta. E' un'opera giuridica di grande portata non solo per la sua applicazione, questione nella quale migliorano molto nel Labyrinthus, ma che godono di una attenta tecnica giuridica. Nonostante l'idea generalizzata, il fallimento delle Ordinanze di Bilbao non hanno un marcato carattere punitivo, almeno non in tutti i casi dato che raccoglie alcuni elementi importanti della nostra tradizione concorsuale. La figura di Salgado de Somoza influisce nella redazione delle Ordinanze, di maniera che il peggior castigo (che applica la giurisdizione ordinaria), si riserva ai fallimenti dolosi. Circa gli altri debitori con un grado di colpa inferiore, la norma prevede meccanismi di esònero parziale e di attesa.

QUARTA.- Necessità della riforma legislativa dopo il XX secolo

La situazione del Diritto concorsuale spagnolo nei secoli XIX e XX risulta così drammatica dal punto di vista tecnico e sociale, che la profonda revisione del sistema era una necessità di prim'ordine in Spagna. Dalle buone intenzioni del Codice del Comercio del 1829, fino alla situazione immediatamente anteriore al 2003, si produssero una serie di incoerenze legislative che supposero un'autentica disfatta nel trattamento giuridico dell'insolvenza. In questo periodo si assistette alla promulgazione di tutti i tipi di norme in materia concorsuale, che andavano ad ampliare un patrimonio

indecifrabile: Codici di Commercio, Leggi processuali generali, norme speciali per il fallimento di determinate imprese o rami di attività, la Legge di sospensione dei pagamenti, ecc. Non solo si separerebbe il trattamento dell'insolvenza civile e commerciale, ma anche dentro queste categorie c'erano molteplici norme con un complesso sistema di prelazione (erano di applicazione suppletoria al fallimento le regole del concorso come processo civile). E' anche in questa epoca che il vocabolo "concorso" si rilega all'ambito del debitore non commerciante, senza maggiori giustificazioni. Senza dubbio, si tratta della tappa più nera del nostro Diritto concorsuale, la cui riforma era assolutamente prioritaria.

II

QUINTA.- Il contesto della LCon e le sue implicazioni nello sviluppo della norma

Il contesto della promulgazione della *Ley Concurzal* del 2003 è di vitale importanza per capire il suo insuccesso in certi aspetti. Da un lato, la situazione economica, di espansione e crescita sostenuta, non auguravano la crisi che stava per arrivare; dall'altro lato la congiuntura giuridico-concorsuale, con una legislazione ipertrofica, dispersa e mancanza di coerenza. Ambedue le circostanze furono il campo perfetto per la consecuzione di una riforma di grande portata: la congiuntura economica permetteva il margine di manovra in un settore della legislazione sul quale non si prevedevano grandi problemi, mentre il sistema giuridico di risposta innanzi all'insolvenza era insostenibile. La crescita economica e l'espansione del credito (soprattutto ipotecario), andavano a confermare che l'insolvenza sarebbe nei prossimi anni una circostanza più eccezionale che di altro ordine. Così, il legislatore non preparò gli strumenti necessari per rispondere all'insolvenza aggregata o generalizzata durante la tappa della crisi economica, lasciandosi portare per il lodevole proposito di ordinare e semplificare un ramo dell'ordinamento che fino ad allora era un disastro.

SESTA.- L'inadeguato presupposto della *Ley Concurzal*

Il presupposto soggettivo del concorso nella legge 22/2003 non si adegua alle condizioni attendibili da una norma concorsuale moderna. La personalità fisica o giuridica come criterio del concorso, se sembra estensivo, lascia però fuori dal suo ambito di applicazione entità che possono avere, forse non in modo aggregato ma

sicuramente di forma isolata una trascendenza economica rilevante (comunità di beni, società irregolari, etc.), senza che si abbia nessuna ragione per detta dimenticanza. In una norma che tenta di adattarsi a qualunque realtà del traffico commerciale, il criterio della personalità non è idoneo, esistendo altri concetti che potrebbero estendere l'applicazione di quella. In questo senso proponiamo con parte della dottrina quello della "autonomia patrimoniale", che sarebbe un elemento molto più affine con il Diritto societario, uno degli scenari più importanti nel quale si sviluppa la normativa concorsuale, dove il patrimonio sociale è la garanzia di solvenza; potenziando così la relazione naturale tra di esse. Inoltre, in via eccezionale, la LCon evita la soggezione a sua prescrizione all'entità di Diritto pubblico, ciò comporta un ingiustificato privilegio delle amministrazioni pubbliche, il quale livello di indebitamento non si controlla in sede concorsuale, distogliendo l'esperienza del Diritto comparato e l'esperienza propria, che è piena di esempi di amministrazioni deficitarie e mal gestite –e che importano un problema per l'economia generale–.

SETTIMA.- La non soggezione delle società irregolari al concorso

Alle società irregolari non gli viene riservato un trattamento specifico nella LCon. Mantenendo queste personalità giuridica propria, su di esse concludiamo che non posseggono capacità concorsuale passiva, ossia, non possono essere oggetto del procedimento concorsuale. Esistono ragioni di vario ordine per tale affermazione: la iscrizione nel *Registro Mercantil* è costitutiva della personalità, la pubblicità di fatto non può sostituire la registrazione al fine di acquisire la personalità giuridica e le uniche eccezioni al presupposto soggettivo della LCon la troviamo nel suo art. 1. Quindi la mancanza di personalità implicherà anche la non soggezione alla legge 22/2003. La responsabilità per i debiti che ottiene l'irregolare è in relazione al patrimonio dei soci diretta e solidaria, di modo che sono loro i soggetti con personalità che possono ottenere la condizione di concorsati, anche in ragione dei debiti della società irregolare. E' altresì possibile la cumulazione di concorsi dei soci, ma mai della società che, non riunendo i requisiti di personalità e dato che il legislatore non ha disposto il contrario, non si trova sottomessa alla LCon.

OTTAVA.- Caratteri della definizione d'insolvenza come presupposto obiettivo

Il presupposto obiettivo del concorso, l'insolvenza, si rivela nella *Ley Concursal* come una situazione economica, di fondo, che implica determinate condizioni in relazione al patrimonio del debitore e i crediti dei suoi creditori: l'impossibilità – incapacità – per adempiere regolarmente con le obbligazioni esigibili. Di questa definizione legale d'insolvenza si estraggono detti caratteri, che si riferiscono a: la dissociazione tra inadempimento e insolvenza (per esempio, l'inadempimento volontario); la regolarità dell'adempimento, che determina la prestazione soddisfatta in modo irregolare non elimina la possibilità di dichiarare il concorso del debitore; la maturazione e l'esigibilità del debito come regola generale (la maturazione può mancare nell'insolvenza imminente), e l'apprezzamento giudiziale, basilare affinché possa iniziarsi il procedimento.

NONA.- Dissociazione tra insolvenza e indebitamento

Il concetto di insolvenza non può intendersi unicamente come parte del presupposto obiettivo, il cui contenuto si completa con l'idea dell'indebitamento, in consonanza con quello che ha messo in rilievo la dottrina. L'insolvenza finisce rappresenta se stessa il presupposto obiettivo del concorso. Il riferimento espresso all'indebitamento suppone un'idea totalmente da rifiutare per quanto detto concetto è già inserito in quello di insolvenza. Questa, costituisce un termine che allude all'incapacità di soddisfare con un patrimonio concreto dei determinati debiti. Pertanto, l'indebitamento è consustanziale all'insolvenza e incorreremmo in un paradosso se cercassimo la caratterizzazione di un insolvente non indebitato.

DECIMA.- La prova dell'insolvenza

Il legislatore spagnolo ha configurato un sistema probatorio in relazione all'insolvenza altamente confuso. Invece di optare per un modello unico, di *numerus apertus* o di *numerus clausus*, ha accolto una sorta di ibrido, che complica il chiarimento delle condizioni necessarie per dimostrare l'insolvenza. Mentre nel concorso volontario dipende dal proprio debitore, senza esplicitarsi medi concreti di prova, nel concorso necessario esistono determinate manifestazioni, tassative, nelle quali il creditore o altro legittimato deve fondare la richiesta di concorso. Le

conseguenze di questo sistema si traducono in confusione e problemi per conciliare un'idea fissa su di un elemento importante del presupposto obiettivo, come è la prova di insolvenza. Concludiamo che la lista di manifestazioni esterne dell'art. 2.4 LCon suppone in realtà una guida per il creditore, che facilita il suo ricorso al procedimento concorsuale. Intendendo che è questa la sua natura, quella di favorire le possibilità di accesso al concorso di carattere necessario, non possiamo condividere il rigore impiegato, che non permette la fondazione di detta richiesta sulla base di altri dati ai quali possa avere accesso il creditore istante. Se fosse solo una guida e non una obbligazione in materia di concorso necessario, sarebbe più facile la caratterizzazione di un presupposto obiettivo, la cui prova seguirebbe un modello di *numerus apertus* in relazione al concorso volontario; ed anche nel concorso necessario, anche se in questo caso offrendo un'importante aiuto al sollecitante.

UNDICESIMA.- Il presupposto obiettivo della LCon e la sua mancanza di anticipazione

Non è necessario guardare al Diritto comparato, anche se ciò facilita la questione, per comprendere che l'insolvenza come unico presupposto obiettivo del concorso conta con errori nella sua concettualizzazione. In Spagna non esistono procedimenti di natura preventiva, pertanto, tutto il procedimento concorsuale ordinario necessita accreditare la situazione d'insolvenza, la cui caratterizzazione suppone uno stato avanzato della crisi economica, ciò che a sua volta determina un'azione non tempestiva degli organi del concorso. La possibilità di successo in casi di insufficienza patrimoniale dipendono in gran parte dalla tempestività con la quale vengono imposte le misure necessarie. Ci si deve rivolgere alla configurazione del presupposto obiettivo per permettere qualche tipo di azione o procedimento concorsuale previo al momento dell'insolvenza, o sarà impossibile l'istituzione di un sistema concorsuale più aldilà della liquidazione del patrimonio del debitore. Il nostro ordinamento precede il rimedio quando la malattia è troppo avanzata.

III

DODICESIMA.- Processo di riforma della LCon: insicurezza e disfunzioni prodotte dalla sua considerazione di Legge anticrisi

Le continue riforme della legislazione concorsuale hanno fornito non pochi problemi ad un sistema che si è invecchiato in modo precipitoso in pochi anni di applicazione di una mala pianificazione di azione legislativa. Si sono enucleate dieci norme che modificano in modo sostanziale ed in profondità la *Ley Concursal* del 2003, a fronte di altre disposizioni che sono state riformate senza maggiori conseguenze per il sistema. Tenendo in conto che il processo di riforma incominciò nel 2009, è chiaro che non esiste altra norma nel nostro ordinamento che si sia vista sottomessa negli ultimi anni ad un simile processo di revisione. Questo ha prodotto la sensazione –reale– di insicurezza giuridica intorno al trattamento giuridico dell’insolvenza, senza che la riforma della LCon sorprenda a nessun operatore giuridico. E’innegabile la sfiducia che genera un settore dell’ordinamento in continuo cambiamento, dove le modifiche vengono a susseguirsi senza il trascorrere del tempo necessario per analizzare e valorare l’applicazione e la sua idoneità. Inoltre, questo processo si è realizzato in un periodo di crisi economica, tappa che è notoriamente incompatibile con la riforma concorsuale. Non può darsi soluzione ad un sistema finanziario, politico ed economico come la crisi attraverso la modificazione di regole concorsuali. Di maniera che l’unica cosa che si è raggiunta è stata lograre la LCon con riforme parziali, in luogo di prevedere un sistema transitorio per gli anni di recessione, mantenendo intatta l’opera legislativa del 2003, il cui successo o disfatta meritava di essere determinato per le sue proprie virtù o disfunzioni, e non dall’azione incontrollata del legislatore. Ovviamente la legge del 2002 non era pronta, nessuna Legge sull’insolvenza lo è, per la congiuntura economica nella quale si è disinvolto negli ultimi anni, non essendo lo strumento idoneo per attenuarla. Le situazioni eccezionali richiedono misure eccezionali e la modifica della LCon non lo è, sicché le riforme che si introducono si mantengono in un sistema che, in condizioni ragionevoli, deve tornare a trovarsi in un ciclo economico più favorevole, mentre le sue regole sono state sfigurate. La *Ley Concursal* dovrebbe lottare contro l’insolvenza, non contro l’economia.

TREDICESIMA.- Istituti preconcorsuali e smantellamento del procedimento di concorso ordinario

Le riforme del diritto concorsuale spagnolo hanno supposto un cambio nella pendenza assiomatica della disciplina. Le leggi promulgate hanno avuto come oggetto principale la ricerca di soluzioni alternative al procedimento ordinario d'insolvenza, in fuga da una istituzione rifondata recentemente, e che avrebbe potuto essere promossa in altri termini. Questa circostanza si è cristallizzata nella creazione di istituti preconcorsuali, termine ingannevole, dato che si tratta di un istituto non anteriore bensì contrario per definizione al processo concorsuale. In essi –accordi di rifinanziamento, accordi extragiudiziali di pagamento– si dà una nota caratteristica, quale la riduzione del formalismo e del rigore procedimentale che caratterizza il concorso. L'apparizione di tali strumenti in un sistema unitario, danneggiano la congruenza della norma e negano alcune delle basi che accompagnarono la creazione del concorso. Tra queste, risalta la “processualizzazione” del concorso come garanzia per tutti gli attori interessati, che raccoglieva un'idea inserita nella nostra tradizione concorsuale dal *Labyrinthus* de Salgado de Somoza. Si produce, con ogni riforma, lo smantellamento del nostro sistema concorsuale, che non ha saputo trovare un modello di convivenza tra il procedimento ordinario e gli istituti preconcorsuali, dove ognuno gode dei suoi propri spazi.

IV

QUATTORDICESIMA.- Identificazione dei principi concorsuali

La parte fondamentale della ricerca è l'identificazione dei principi concorsuali, questione trattata con un'estensione ed approfondimento che garantisce, per lo meno, la giustificazione teorica di ognuno degli assiomi che abbiamo analizzato. In concreto sono: unità, negoziazione, limitazione delle facoltà del debitore, universalità, integrazione, conservazione dell'attività economica, modulazione della realtà giuridico-obbligazionale del debitore e la *par conditio creditorum*. Ognuno ha nella LCon condizioni specifiche e un grado di compimento o effettività differente. Nonostante, la sola caratterizzazione dello schema assiomatico del Diritto concorsuale spagnolo suppone probabilmente il risultato più interessante della ricerca.

QUINDICESIMA.- Vere manifestazioni del principio di unità: il vocabolo “concorso” (denominazione) ed i Tribunali commerciali (giurisdizione)

Il principio di unità del concorso deve essere interpretato in modo diverso da come la Legge proclama. Le prescrizioni della LCon ed il sistema concorsuale in generale, ci portano a riconoscere l'esistenza di detta unità in due ambiti che non coincidono con quelli specificatamente riconosciuti *ex* Ley 22/2003 : unità di denominazione, con la voce “concorso” senza più qualificativi né con l'espressione “dei creditori” (le allusioni in tal senso nella LCon non fanno che mostrare l'incongruenza del legislatore che lo rifiuta espressamente nell'Esposizione dei Motivi), che identifica la volontà di stabilire un nuovo procedimento; e unità di giurisdizione, che si realizzò con la modificazione della LOPJ e la creazione dei *Juzgados de lo Mercantil*, unici competenti in materia concorsuale. Essendo questi gli ambiti nei quali si riconoscono manifestazioni reali del principio di unità, si nega l'effettività dello stesso intorno alle tre vertenti (legale, di disciplina e del procedimento) promosse dalla *Ley Concursal* in base a distinti criteri.

SEDICESIMA.- Rifiuto del concetto di unità legale

L'unità legale non può esistere in un sistema che, inizialmente, conta su due importanti norme sul Diritto concorsuale: la LCon e la LORC, quest'ultima in ragione della riserva della *Ley Orgánica* per poter includere determinate regole relazionate con diritti fondamentali del debitore. Inoltre, esiste un Diritto concorsuale che abbiamo qualificato come speciale, intorno alle entità di credito, imprese di servizi di investimento ed entità assicuratrici. Le norme che regolatrici dell'insolvenza o delle specialità in relazione all'insolvenza de questo tipo di debitori sono di diverso ordine e può riferirsi a: tutela dei risparmiatori, il FROB, vigilanza e controllo da parte di autorità amministrative come la CNMV, ecc. A questo si deve sommare un altro settore nel quale si sono constatate importanti distorsioni per la rimozione dell'applicazione delle regole concorsuali, l'insolvenza delle entità sportive e la sopravvivenza della LEC come norma processuale.

DICIASSETTESIMA.- Il non superamento delle differenze di trattamento dell'insolvenza civile e commerciale (unità di disciplina)

L'unità di disciplina parte da una concezione "ideale" del procedimento del concurso nel quale non esistono differenze tra trattamento giuridico del debitore commerciale e del debitore civile. Senza dubbio, la realtà si impone con le specificità proprie del commercio, esprimendosi in distinti elementi che differenziano il regime giuridico del debitore commerciale. La Legge, cosciente del suo compromesso con la l'unità, chiuse queste differenze segnalando misure concrete che saranno applicabili eufemisticamente al debitore obbligato a tenere la contabilità, o meglio ad iscriversi nel RM. Inoltre, il principio di conservazione dell'attività imprenditoriale non può applicarsi ai commercianti (e professionisti). Essendo un'idea di carattere centrale nella LCon, la sua vigenza esclusiva nell'insolvenza commerciale determina un'importante differenza tra il concurso del commerciante e del concurso del debitore civile. Su questa stessa linea andiamo a registrare distinzioni rilevanti rispetto ad un tipo speciale di commercianti, l'impresario sociale. Anche se non si identifica unicamente – ma principalmente – con il fenomeno delle società, gli artt. 48 a 48 quater LCon stabiliscono il regime particolare delle persone giuridiche in concurso. Non possono associarsi detti precetti unicamente alla realtà societaria, senza dubbio, è chiaro che la sua applicazione avrà come destinatario, nella maggior parte dei casi, un tipo speciale di commerciante: la società. Eleviamo questa frequenza in una generalizzazione che può essere rifiutabile ma vicina alla realtà. Al di fuori di tali norme procedimentali, identifichiamo un'altra differenza critica tra il concorso della persona giuridica – intendendo il ruolo principale della società– e della persona fisica: la liquidazione si suppone nel caso della prima estinzione della sua personalità, circostanza che non può concorrere nel caso della persona fisica. Il concurso con la liquidazione determinerà la "morte" della persona giuridica.

DICIOTTESIMA.- Rifiuto dell'idea del procedimento unico nella *Ley Concursal*

L'unità procedimentale fu concepita come superamento della diversità di strumenti concorsuali preventivi e esecutivi. Questo superamento, che può esistere se ovviamo alle implicazioni che potrebbe avere il concetto d'insolvenza imminente, si è vista svalutata con l'apparizione degli istituti preconcorsuali, il cui obiettivo –volto a

mantenere sorprendentemente come presupposto d'insolvenza– è la prevenzione. A questa circostanza si deve sommare: la divisione del procedimento in una fase alternativa che può terminare con accordo o liquidazione (senza contare eccezioni come l'accordo anticipato o il concorso consecutivo), le specialità procedurali delle entità finanziarie e assicuratrici, e l'esistenza di un procedimento abbreviato e differente a quello ordinario per i casi di minor entità.

DICIANNOVESIMA.- Principio rogatorio

Le questioni private non implicano l'intervento diretto dello Stato, ma necessitano l'acquiescenza o denuncia degli interessati per dar luogo a detta intromissione. Il principio rogatorio, la cui natura è *a priori* più processuale che sostantiva, ha una versione con importanti conseguenze materiali nel concorso. Si tratta di un assioma che può esprimersi come parte di uno maggiore, il principio dispositivo, o apparire di forma autonoma, come capita in questo caso. Questo non vuol dire che smetta di essere una manifestazione del principio dispositivo, bensì che non vanno ad operare rispetto al procedimento concorsuale altre realtà che conformano con la rogazione, il principio dispositivo. Il contenuto di questo assioma consiste nella necessità di una richiesta di parte per iniziare il procedimento e la conseguente proibizione del concorso d'ufficio (né tantomeno è legittimato il *Ministerio Fiscal* a richiederlo). Risulta impossibile la conformazione di un processo in cui manchi la petizione di parte da parte di alcuno dei legittimati al giudice competente, posto che si tratta d'un istituto di giurisdizione volontaria. Nonostante la richiesta di concorso sia concepita dalla Legge come un obbligo per il debitore, la prescrizione dell'art. 5 LCon non ha effetti se nessuno richiede l'apertura del concorso. Questa situazione riafferma la considerazione del concorso come una situazione di carattere privato, che nonostante conti o incorpori nel proprio seno interessi di vario tipo – anche generali – ruota attorno alle relazioni tra particolari, che devono essere parte attiva del procedimento affinché questo possa iniziarsi. Il principio rogatorio implica la volontarietà o disposizione delle parti rispetto al momento processuale più importante, il suo inizio, e per tanto, di tutto il procedimento.

VENTESIMA.- Concorso volontario e concorso necessario: mancanza di preferenza del legislatore e degradazione del concorso come strumento contro l'insolvenza

La *Ley Concurzal* non ha una chiara preferenza per il concorso volontario o per il concorso necessario. Distinguendosi questi in ragione della richiesta d'apertura del procedimento, che corrisponde per regola generale (in molte poche occasioni il giudice si separa da tali regole) al primo il regime d'intervento e al secondo il regime di sospensione. Nonostante, il legislatore non sembra deciso a preferire nessuna delle due modalità sull'altra. Nell'articolazione della Legge troviamo stimoli sia positivi che negativi nell'uno e nell'altro caso. Ad ogni modo, ciò che emerge è la promozione del processo concorsuale in sé, data la considerazione del concorso, oggi molto meno chiara per colpa degli istituti preconcorsuali, come il mezzo più efficiente per risolvere il problema dell'insolvenza.

VENTUNESIMA.- Caratteri della limitazione delle facoltà patrimoniali del debitore

Al posto di consegnare la gestione del suo patrimonio, il soggetto passivo del concorso riceve in controprestazione un regime speciale di adempimento delle obbligazioni. Questa “perdita di sovranità patrimoniale” indica il limite più importante di ciò che abbiamo denominato “principio di limitazione delle facoltà del debitore” (esistono altre relative, per esempio, ad alcuni diritti fondamentali). In relazione alla limitazione patrimoniale, che diviene nell'annullabilità degli atti del soggetto passivo del concorso, questa conta con quattro caratteri basilici: Implicano un carico per il debitore che ha come contropartita la protezione dei creditori, si tratta d'un ingerenza nei diritti del debitore come conseguenza dell'inadempimento di altri diritti (la soddisfazione dei creditori) e risponde ad una logica sanzionatoria nel caso del regime di sospensione con rispetto al regime d'intervenzione (minore che in altre epoche, ma comunque presente al coesistere di vari livelli di invasione nelle facoltà patrimoniali del debitore).

VENTIDUESIMA.- Natura giuridica del fallito: inabilitato

La natura giuridica del fallito è una questione che, attenendo i suoi limiti patrimoniali, è davvero complessa. L'analisi comparata delle figure del prodigo e del fallito risulta un'interessante metodologia, con buoni risultati ai quali non sarebbe stato possibile accedere per altra via. Si deve rifiutare l'idea che il fallito possa essere considerato un'incapace totale o parziale, o in qualunque delle forme nelle quali si può manifestare l'incapacità. Nel debitore fallito, come nel prodigo, non ci sono due elementi che devono accompagnare sempre l'incapacità: la mancanza di autogestione e la protezione dispensata a favore dello stesso. In questo modo, se l'istituzione di vigilare ha come obiettivo la protezione dell'incapace, niente di simile accade con il fallito, la cui limitazione patrimoniale ha come ragion d'essere i diritti di credito dei suoi creditori, ossia, la protezione di terzi. Esclusa la possibilità di considerare come incapace il fallito e constatate le altre difficoltà per enucleare la sua posizione nei nuovi stati civili, proponiamo d'interpretare la natura giuridica del fallito come quella di "un'inabilitato". Si tratta dell'opzione più plausibile dato il suo carattere atipico, che permette di adattarsi alle speciali condizioni del debitore fallito, in una dinamica simile alla pena che impedisce la gestione del patrimonio estraneo, però in relazione a beni propri. L'intromissione nella sfera privata consistente nella limitazione alla capacità di operare rispetto al proprio patrimonio solo può giustificarsi soddisfacendo una sorta di inabilitazione a favore dei terzi.

VENTITREESIMA.- Autonomia del principio di universalità nel concorso rispetto all'art. 1911 CC

Esiste nel processo concorsuale un principio di universalità che regge la formazione della massa attiva. La sua formulazione –art. 76.1 LCon– determina che il debitore risponda con tutti i beni e diritti contenuti nel suo patrimonio che risulti dalla data del concorso, oltre a ciò che ne entrerà a far parte fino a che si finalizzi il procedimento. Tanto il concetto come le sue conseguenze sono simili alla responsabilità universale patrimoniale dell'art 1911 CC, senza dubbio non si tratta di una riformulazione o applicazione di questo nell'ambito concorsuale. Anche se potrebbe inquadrarsi in tale schema la responsabilità, assegniamo al principio d'universalità concorsuale autonomia rispetto all'art 1911 CC. Esistono motivi di vario ordine per concludere in questo senso:

non si può sostenere che l'art. 76.1 LCon è una manifestazione dell'art. 1911 CC, sì che si rivela in una istituzione –il concorso– che è apertamente contraria all'ordine stabilito dal Diritto comune; tantomeno c'è stato nessun riferimento al riguardo da parte del legislatore, che potrebbe aver determinato l'applicazione della responsabilità universale patrimoniale al processo concorsuale, senza la necessità di riformare il concetto nell'art. 76.1 LCon; per finire, esistono ragioni indipendenti che portano a concepire questo tipo di responsabilità nel concorso, come la necessità di compensare l'effetto d'esecuzioni separate e privilegi sulla massa attiva. In questo modo, si constata che anche se regge la responsabilità universale nel concorso, non si tratta di un'applicazione del principio generale che opera nel Codice Civile. Il suo contenuto è lo stesso, ma la via teorica seguita per raggiungere all'obiettivo è diversa, un ragionamento autonomo che converge nella sostanza che però non implica l'estensione di una norma del Diritto comune più in là dei suoi limiti.

VENTIQUATTRESIMA.- Convivenza tra il principio di universalità e le supposte eccezioni ex diritti di esecuzione separata

Considerati i differenti tramiti che devono realizzarsi per arrivare ad ottenere la massa attiva nel concorso, si conclude che le operazioni di minorazione della stessa (*separatio ex iure dominii* e *separatio ex iure creditii*) non suppongono, contro la credenza generalizzata, eccezioni al principio d'universalità. Quest'idea è definita come la soggezione di tutti i beni o diritti di contenuto patrimoniale (ammettiamo l'eccezione minima che suppongono i beni impignorabili) presenti o futuri, alla soddisfazione dei suoi creditori. In questo senso, l'esistenza di diritti d'esecuzione separata non opprime in nessun modo l'affettazione dei beni in questione al pagamento dei creditori del fallito. È possibile che questo tipo di operazioni supponga problemi per altri principi del procedimento concorsuale, e quindi, se ci concentriamo nell'universalità come assioma che deve presiedere la formazione della massa attiva e non usciamo da quest'ambito, è chiaro che si sta rispettando l'intenzione del legislatore con l'art. 76.1 LCon.

VENTICINQUESIMA.- Principio d'integrazione: contenuto e *vis attrativa*

La formazione della massa passiva si concreta in una serie di tramiti che seguono una massima concorsuale propria di questa parte del procedimento: il principio d'integrazione. Il suo contenuto viene dato dalla creazione in sede concorsuale di una

comunità di perdite della quale per regola generale faranno parte tutti i creditori. Essendo questo il suo contenuto essenziale, si identificano altri elementi che, senza riferirsi esplicitamente alla comunità di perdite, rendono possibile l'esistenza di questa (contenuto necessario) o facilitano la sua effettività (contenuto accessorio). Risalta in questo senso l'intangibilità della massa attiva, ossia, la proibizione ai creditori di realizzare esecuzioni singolari sui beni del fallito. Si vincolano questi distinti livelli d'azione nel principio con il concetto –più processuale– della *vis attrativa*, se si considera in senso ampio. Così, intendiamo che ciò si manifesta nella sua vertente positiva con l'attrazione di tutti i creditori al processo concorsuale (comunità di perdite); ed anche nella sua vertente negativa, al vietare ai creditori l'inizio o la continuazione del procedimento esecutivo singolare contro il debitore (intangibilità della massa).

VENTISEIESIMA.- Autonomia del principio d'integrazione

Il principio d'integrazione è autonomo e si differenzia radicalmente dagli altri assiomi concorsuali ai quali la dottrina lo ha voluto associare in vari momenti. Di fronte all'universalità, può dirsi che questa vertebra la formazione della massa attiva, mentre l'integrazione suppone la sottomissione dei creditori ad un consorzio nel quale si ripartono le perdite consustanziali ad una situazione d'insolvenza. Che entrambi abbiano vocazione d'universalità non li coverte però nella stessa cosa, di fatto, lo studio dell'eccezioni di uno e l'altro rivela che si tratta di realtà assiomatiche differenti. Di fronte alla *par conditio creditorum*, c'è da dire che il principio d'integrazione solo prevede la soggezione dei creditori del fallito alle regole del procedimento, ossia, alla comunità di perdite, mentre il principio di uguaglianza determina la proporzione nella quale la perdita sarà sopportata da ognuno dei creditori.

VENTISETTESIMA.- Creditori contro la massa e con privilegio speciale: eccezioni al principio d'integrazione

La proposta interpretativa che si realizza sul contenuto del principio d'integrazione richiede di entrare in conflitto con la *Ley Concursal* in relazione agli elementi che lo rispettano, o che suppongono un'eccezioni a detta regola. Così, rileva la considerazione dei creditori contro la massa e il credito con privilegio speciale. I titolari di crediti contro la massa sarebbero nel nostro schema perfettamente integrati perché formerebbero parte della comunità di perdite, a rispondere il debitore di

fronte ad essi con la massa attiva, come dinnanzi al resto dei creditori concorsuali; si considera così il credito contro la massa come *superprivilegio*, almeno nella sua formulazione attuale, che ha perso la logica di “costo del concorso” che ha motivato la sua creazione. Per ciò che riguarda i creditori con privilegio generale (e ai titolari di diritto d'esecuzione separata), intendiamo anche *contra legem*, i quali escono dal circuito dell'integrazione concorsuale trattandosi di debiti che saranno soddisfatti con carico dei beni che li garantiscono, evitando pertanto il consorzio di perdite. Ed essi il concorso non colpirà nello stesso modo, posto che il momento d'incertezza circa il ricavato dei suoi crediti –o sopra la proporzione del ricavato–, che caratterizza il creditore integrato, si minimizza con l'esistenza della garanzia reale. Può sfumarsi questa circostanza nel caso di privilegi su beni necessari per la realizzazione di quelli, aldilà di ciò, non è l'elemento temporale bensì l'effettivo, colui che deve guidare il ragionamento sul punto.

VENTOTTESIMA.- Proibizione della compensazione: prescrizione superflua

Nonostante sia uno strumento d'avanzo trattato nello studio del Diritto concorsuale, arriviamo ad una importante conclusione rispetto alla proibizione della compensazione nel concorso dell'art. 58 LCon. In primo luogo situiamo la compensazione nel seno di un procedimento concorsuale come un meccanismo che si attacca non già al principio d'uguaglianza dei creditori, lesione che abbiamo dimostrato non doversi dare obbligatoriamente in tutti i casi, ma al principio d'integrazione nel senso in cui si starebbe mancando all'esigenza d'intangibilità della massa attiva e per questo il non fallito scapperebbe dalla comunità di perdite. Però principalmente dobbiamo concludere che la prescrizione di detto precetto è superflua, sì che la compensazione, il cui regime giuridico è previsto negli artt. 1195 ss. CC, non supererebbe in una situazione concorsuale il requisito n. 5 dell'art. 1196. Il precetto vieta la possibilità di compensare debiti se su alcuni di essi vi sia contesa promossa da terzi. In un processo concorsuale, dove esiste un giudizio per la totalità dei beni del debitore, è evidente che non si necessitano i requisiti legali per la compensazione e pertanto l'art. 58 LCon potrebbe –meglio dovrebbe– eliminarsi senza maggiori conseguenze.

VENTINOVESIMA.- Natura duale asimmetrica del principio di conservazione dell'attività economica del debitore

Il principio di conservazione dell'attività economica del debitore è di natura duale asimmetrica. Si manifesta la continuità imprenditoriale un una doppia realtà, essendo la rilevanza di ognuna di esse diversa per il legislatore. La principale espressione è presente nelle regole che forniscono permettono la conservazione dell'attività dopo il concorso, finalità che la stessa Legge si incarica di proclamare di fronte alla liquidazione, che dovrebbe aver supposto la regola eccezionale; mentre la continuità durante il procedimento, risponderà ad una obbligazione di gestione efficiente della massa attiva e al suo valore strumentale nella consecuzione dell'obiettivo principale: la conservazione post-concorso. Si considera che un'interruzione nell'attività economica con ragione dell'apertura di un procedimento concorsuale può essere il colpo definitivo al debitore fallito, di modo che si cerca di mantenere questa attività, con l'intenzione di arrivare alla fase alternativa del concorso nelle migliori condizioni per permettere la conservazione definitiva.

TRENTESIMA.- L'insuccesso del principio di conservazione: accordo concorsuale (primo stadio) e istituti preconcorsuali (secondo stadio)

Sebbene la finalità principale del processo concorsuale così come si concepisce nella Ley 22/2003 è la soddisfazione dei creditori, il suo sviluppo ha unito in maniera indissolubile detto concetto con la liquidazione concorsuale, anche se questa non suppone sempre la miglior soddisfazione per i creditori, ma si la più veloce. Il legislatore aveva in mente un sistema nel quale il canale di procedimento basico era l'accordo, sperando che l'insolvenza fosse, nella maggior parte dei casi, una situazione patrimoniale reversibile, che con il tempo ed i meccanismi adeguati potesse correggersi. Aldilà di ciò, la realtà si è imposta, e l'applicazione della LCon ha supposto un tasso altissimo di liquidazioni rispetto al totale delle insolvenze. La natura dell'accordo, come un patto che dovesse vertere nel beneficio per i creditori, è rimasto assolutamente degradato, considerandosi un istituto pro-debitore e senza applicazione. Ha fallito il primo stadio di norme che cercavano di dare impulso alla conservazione dell'attività economica e che si riferiscono all'accordo concorsuale come uno strumento principale. Nonostante ciò, non tardarono ad apparire gli istituti preconcorsuali e con loro il nuovo

stadio (il secondo) negli stimoli per la soluzione accordata e conservativa dell'insolvenza. Il risultato non fu molto differente a quello delle statistiche, così che abbiamo l'insuccesso di strumenti di vario ordine in relazione alla promozione di un assioma che è stato mal inteso fin dal suo inizio. Con questi dati, la norma ancora cade nell'incongruenza di mantenere come soluzione naturale del processo concorsuale l'accordo, in un nuovo sfoggio d'incoerenza legislativa. Il grado di compimento del principio è attualmente minimo.

TRENTUNESIMA.- Liquidazione e continuità: terzo stadio negli strumenti di promozione del principio di conservazione dell'attività economica del debitore

Di fronte alla delusione della regolazione dell'accordo concorsuale e degli istituti preconcorsuali, si osserva nell'azione legislativa –timida anche in questo senso– e l'esperienza comparata, un nuovo stadio (il terzo) nella promozione del principio della conservazione dell'attività economica del debitore. Si tratta delle norme che regolano la trasmissione di unità produttive e la ristrutturazione d'impresa in situazioni d'insolvenza. Dato che la norma è inadatta a rendere ammissibile la soluzione dell'accordo e conservativa, il successo della conservazione –principalmente imprenditoriale– deve passare per integrarsi nel canale procedurale al quale ci si affida in modo massivo: la liquidazione. Il nuovo paradigma deve superare la barriera del mezzo (accordo o liquidazione), per permettere che sia il risultato, che si imponga nella valutazione della misura. di modo che, sia attraverso la trasmissione di unità produttive cui nuovo regime giuridico si trova nell'art. 146 bis LCon; o sia con la ristrutturazione dell'impresa, si possono riconciliare i concetti di liquidazione e conservazione (principalmente attraverso un terzo). Si tratta di un nuovo settore nello studio del Diritto concorsuale che si andrà sviluppando più di altri nei prossimi anni. Se quello che preoccupa la società è la perdita di fattori produttivi e la distruzione dell'impresa, questi nuovi meccanismi possono supporre una nuova assegnazione efficiente degli stessi che consegua alla fine a dare senso –e applicazione– al fino ad ora vergine principio della conservazione dell'attività del debitore.

TRENTADUESIMA.- Concurso come agente deformante del Diritto delle obbligazioni

Si concepisce il Diritto concorsuale come un insieme di regole che riguardano principalmente al diritto delle obbligazioni. Il concurso è un elemento difforme dalla teoria generale dell'obbligazione e dei contratti, essendo la sua applicazione una fonte di divergenze in riferimento al Diritto comune. La relazione tra queste sfere dell'ordinamento è chiara, si che l'applicazione del procedimento è data da: l'incapacità del debitore di rispettare le proprie obbligazioni; gli effetti della dichiarazione si manifestano nel regime di responsabilità del debitore rispetto alle sue obbligazioni; e nell'interpretazione delle regole concorsuali, la sua relazione con il Diritto delle obbligazioni è un criterio basilico. La natura del concurso agente modificativo del Diritto delle obbligazioni è evidente e si mostra nei numerosi ambiti nei quali influisce, corregge e contraddice le norme di questo, come: nuove obbligazioni per il debitore insolvente, nuove obbligazioni per i creditori del fallito, sospensione degli interessi, trasformazione del regime di responsabilità con la proibizione dell'aggressione al patrimonio del fallito singolarmente, concetto di perdita in luogo di aspettativa come elemento comune dei creditori (comunità di perdite), inefficacia del principio di relatività dei contratti, nuove azioni speciali del procedimento concorsuale (reintegrazione) e uno sconosciuto regime contrattuale per il Diritto comune.

TRENTATREESIMA.- Invalidità dei paradigmi di continuità dei contratti e conservazione dell'attività economica del debitore e la sua correlazione

La manifestazione archetipica della relazione tra Diritto comune delle obbligazioni e il Diritto concorsuale, si trova negli effetti che ha quest'ultimo sui contratti, come espressione perfetta del concetto di obbligazione e data la sua importanza per il commercio e per la società in generale. Usualmente, la dottrina, ha riconosciuto un principio di vigenza o continuità dei contratti nel procedimento concorsuale come elemento rinforzante della conservazione dell'attività economica del debitore. Senza dubbio rifiutiamo che vigenza e conservazione siano paradigmi possibili nell'attuale configurazione dei contratti nella LCon. In primo luogo la vigenza dei contratti come fenomeno concorsuale rimane tra queste possibilità risolutorie che si stabiliscono nella norma concorsuale, tanto per i contratti specifici, come nella

disciplina generale dei contratti ad obbligazione reciproca (risoluzione nell'interesse del concorso e riconoscimento della possibile esistenza di norme particolari che derogano alla proibizione di clausole che risolvano contratti per la dichiarazione di concorso di una delle parti). In secondo luogo la correlazione tra la supposta tendenza alla vigenza dei contratti la conservazione dell'impresa deve essere spuria, in ragione del numero dei concorsi che terminano con tale risultato. Inoltre la continuità di un contratto può supporre un grande attivo durante il procedimento non solo con riguardo alla conservazione dell'impresa, ma anche considerando il valore dello stesso e dei frutti che abbia prodotto, in una futura liquidazione. Per tutto questo si propone una nuova interpretazione delle norme sui contratti nel concorso, consistendo questa nella sussunzione delle stesse in un assioma maggiore, il principio di modulazione della realtà giuridico-obbligazionale, al supporre l'applicazione di norme che affievoliscono e in alcuni casi contraddicono alla predisposizione del Diritto dei contratti. Il principio non determina il senso di tale regime speciale, ma si limita a contrastare l'esistenza dell'agente modificativo del Diritto delle obbligazioni e dei contratti, questione che si adegua perfettamente alle regole sui contratti nella LCon.

TRENTAQUATTRESIMO.- Frizioni tra la *Ley Concursal* e il Codice Civile in materia di obbligazioni e contratti

Si possono identificare specificatamente alcune frizioni tra il regime dei contratti degli artt. 61 ss della *Ley Concursal* e alcuni precetti basilari del Codice Civile. A rispetto evidenziamo la linea indipendente che segue il Diritto concorsuale rispetto ai seguenti: art. 1255 CC in modo che l'autonomia della volontà delle parti rimanga troncata per il ricorso continuo al concetto di interesse concorsuale per soppiantare la volontà delle parti nella materia delle obbligazioni (anche fuori del concorso con la proibizione di clausole che permettano risolvere contratti per motivi d'insolvenza); art. 1256 CC al cambiare la posizione del debitore durante il procedimento concorsuale, ciò che gli permette di estinguere contratti in base ad interessi propri e criteri che non contempla il Diritto Comune; art. 1091 CC con la constatazione di un disequilibrio che riduce l'intensità normativa del contratto come fonte di obbligazioni modificandosi inoltre i termini che vennero pattati in un momento previo all'insolvenza, in virtù –tra l'altro– di nuove facoltà risolutorie ex LCon; e art. 1124 C.C., che determina la risoluzione per inadempimento espressamente riconosciuta dall'art. 62 LCon, nonostante tra entrambe

le azioni esistono differenze critiche intorno all'ambito di applicazione, il concetto di adempimento, il carattere giudiziale o extra giudiziale, l'attribuzione al giudice e l'effettività della risoluzione.

VI

TRENTACINQUESIMA.- Definizione della *par conditio creditorum*

Definiamo nel nostro studio il principio della *par conditio creditorum* come: principio esclusivamente concorsuale che si rileva in norme o criteri d'interpretazione tendenti a garantire formule di divisione della massa guidata dall'idea d'uguaglianza tra i creditori concorrenti, come ulteriore mezzo accettabile di distribuzione di perdite tra la massa passiva, rispondendo così agli interessi particolari, collettivi e generali presenti nel procedimento in una sorte di cooperazione obbligatoria che presidia la soluzione al concorso.

TRENTASEIESIMA.- Contesto della *par conditio creditorum*

Si tratta di un principio che è proprio dell'ambito concorsuale questo che si manifesta nella concorrenza di creditori di fronte ad un patrimonio insufficiente per soddisfare tutti. La sua estrapolazione fuori dallo stesso non avrebbe senso, quindi la tutela dell'uguaglianza dei creditori nel sistema generale di responsabilità di aggressione singolare e legittima al patrimonio del debitore ha luogo *ex art. 14 CE*. L'uguaglianza nel procedimento concorsuale conta con delle connotazioni speciali, si sospendono facoltà tanto del debitore come dei creditori, per assicurare una divisione che non potrebbe aversi con la applicazione del Diritto comune. Nel concorso, la *par conditio* si relazione ad un ambito nel quale esplica i suoi effetti, la soluzione del concorso, sia essa liquidatoria o conservativa –con meno chiarezza– per essere il momento processuale nel quale ha luogo la ripartizione delle perdite.

TRENTASETTESIMA.- Il privilegio concorsuale: concetto e caratteri

Il privilegio concorsuale è un concetto proprio come lo è la *par conditio* di grande tradizione in questo ramo del Diritto. Entrambi hanno origine nel Diritto romano e sono arrivati ai nostri giorni in una rivelazione che fino ad ora è stata così indissolubile come distruttiva. Il privilegio si definisce come una qualità accessoria del

credito che si traduce in una posizione di preferenza del suo titolare con rispetto al resto dei creditori nella concorrenza per il patrimonio del fallito, che risponde ad una necessita di proteggere determinati crediti in base alla sua causa o alle condizioni dei suoi titolare. In questo modo il privilegio e contrario alla *par conditio creditorum*, esprimendo un'eccezione a questo che sia quello che sia la sua origine (anche negoziale) e di carattere legale. L'elemento nel quale si base può essere di vario ordine ma la natura del privilegio e strettamente legale, dovendo interpretare nel modo più stretto se l'intenzione e invadere il meno possibile il principio di uguaglianza di trattamento dei creditori. Nella classificazione dei crediti e casualmente nella categoria dove la *par conditio* non esiste ne tra i creditori della stessa categoria dove abbiamo constatato la manifestazione genuina del privilegio: i crediti con privilegio generale. La loro configurazione implica un diritto di preferenza sul patrimonio del debitore fallito, rispettando in maniera fedele il senso del privilegio.

TRENTOTTESIMA.- Proliferazione dei privilegi ed effetti sull'uguaglianza dei creditori: proposta d'eliminazione del principio per essere una mera elezione del legislatore.

Con la Ley 22/2003 si materializzo una riduzione dei privilegi molte celebrata che e pero insufficiente; insufficiente almeno per un sistema che propugna la *par conditio creditorum*. Oltre ad accogliere la norma privilegi che sovente comportare importanti quantità come sono apparse altre per via della riforma operata negli ultimi anni, essendo il risultato un sistema che conta con troppi privilegi, eccesso che e prodotto della mala implementazione di questa pretesa riduzione. L'uguaglianza dei creditori concorsuali e, con il sistema attuale, un'ideale che non può essere sostituito, si che le norme impediscono il suo conseguimento. Di fatto la sua vigenza si può intendere nel suo vertente più puro intorno ai crediti ordinari, unica categoria nella quale si rispetta di forma scrupolosa "*la legge del dividendo*". Il nostro concetto di *par conditio creditorum* non e così restrittivo, tollerando il suo adattamento a realtà che non si risolvono con esatta proporzionalità; ciò e sintomatico che si applica solo in una categoria di crediti relativamente marginali, residuale nella sua definizione. Di fronte ad un panorama del genere, si sono valutate varie possibilità interpretative, essendo la più plausibile l'eliminazione del riferimento all'uguaglianza dei creditori nella LCon. La *par conditio creditorum* e una scelta di politica legislativa non un criterio costituzionale

di obbligatorio compimento per il legislatore. In questo modo essendo chiara la sua mancanza di effettività nel sistema concorsuale spagnolo, capiamo come un esercizio di coerenza si è posta come altro modello di giustizia concorsuale che esiste e di fatto nella LCon basato sulla preferenza e la gerarchia di crediti e non nell'eguaglianza.

TRENTANOVESIMA.- La complicata concettualizzazione del credito contro la massa (prededucibile) in sede d'uguaglianza.

Il senso iniziale del credito contro la massa sta nella caratterizzazione di un tipo di crediti extra concorsuale e molto eccezionali, che sono prodotti dai costi propri del procedimento. Nonostante, tutti i suoi caratteri fondamentali, sono stati trasgrediti dalla LCon. Ha smesso di essere un ricorso eccezionale, per accogliere un buon numero di questioni (e definiti con *numerus apertus*); accresciuto su nomina con l'inclusione di nuovi crediti che non sono un costo del procedimento ma erano preesistenti alla dichiarazione e che sono puramente concorsuali; la sua ubicazione nella norma e del tutto inappropriata, operando nella sezione dedicata alla composizione della massa passiva (che chiaramente non integra). In definitiva si è dimenticata la logica della extra concorsualità per approssimarsi a quella di un improprio privilegio molto qualificato. Nonostante, la sua previa deducibilità e supposta preferenza di fronte a qualunque credito neanche si sostiene. La LCon rispetta nella soddisfazione dei crediti contro la massa, i beni e diritti affetti ad un credito con privilegio speciale, di modo che situa a questi, seguendo il criterio dell'effettività e non il temporale –molto più logico nella questione dell'uguaglianza dei creditori–, nel primo gradino dell'ordine di prelazione. Aldilà di che la legge segnala la posizione preminente del creditore della massa, risulta che il privilegio speciale goda di una protezione maggiore, ciò che si scontra con la nostra idea di che il privilegio speciale è realmente extraconcorsuale, ovvero, una categoria non integratasi che il suo titolare non partecipa alla comunità di perdite (come nella *separatio ex iure crediti*). Questa circostanza quasi occulta nella LCon, determina – di nuovo– un'importante incoerenza legislativa e confusione per l'operatore giuridico che può presentare dubbi ragionevoli sulle intenzioni della legge in relazione al concetto che ha deciso privilegiare e le ragioni di tale decisione.

VII

QUARANTESIMA.- Frammentazione del sistema concorsuale italiano: modello non unitario

Giustificata la scelta dell'ordinamento italiano come l'elemento di riferimento nell'applicazione del metodo comparato per la sua prossimità culturale e giuridica (tradizione del Diritto romano, appartenenza alla UE, ecc.), di riscontrano non solo similarità ma anche importanti differenze con l'ordinamento spagnolo. Il sistema concorsuale italiano partecipa con una concezione propria di metà del secolo XX, dove il trattamento giuridico dell'insolvenza partiva dalla chiara differenziazione tra il debitore civile e quello commerciale, così come dalla distinzione dei distinti istituti concorsuali per combattere l'insolvenza, in un intento di adattare le norme applicabili ad ogni situazione. Si diversificano così gli strumenti, per cercare di dare risposta alle varie problematiche. La frammentazione risultante non deve essere per questo negativa per la concettualizzazione del Diritto concorsuale, di fatto, può implicare una maggiore facilità per dotare di coerenza il sistema concorsuale, il cui insuccesso è determinato in molte occasioni dall'intento di rispondere a multipli interessi senza gli strumenti adeguati. Nonostante la mancanza di aspettative nel trattamento dell'insolvenza più in la della soddisfazione dei creditori –questione applicabile al fallimento– può implicare l'isolamento del Diritto concorsuale. Ad ogni modo la segmentazione esistente nell'ordinamento italiano complica il suo studio. La comprensione delle categorie concorsuali in Italia necessitano uno sforzo importante, data la natura multipla delle sue istituzioni, ciò che non solo complica il suo studio, ma anche nasconde le sue disfunzioni e mina la capacità di dare risposte alle stesse. Al contrario, la regolamentazione concorsuale spagnola, conta con l'importante virtù di aver semplificato il sistema e con questo aver lasciato tanti suoi punti forti come le sue disfunzioni più visibili, ciò che permetterebbe un'azione più certa gli elementi che distorcono la sua applicazione.

QUARANTUNESIMA.- La legittimazione attiva in Italia: negazione del principio rogatorio

In Italia non si può parlare di un principio rogatorio in relazione al processo concorsuale. L'esistenza di una legittimità quasi d'ufficio a partire dall'azione del

Pubblico Ministero impedisce di ammettere la vigenza del principio dispositivo intorno all'inizio del procedimento. Inoltre in alcuni procedimenti concorsuali come l'amministrazione straordinaria ancora esiste l'iniziativa puramente d'ufficio. Non possiamo perciò riconoscere il principio di giustizia rogata nel sistema concorsuale italiano. Di conseguenza l'officiosità che la dottrina italiana riconosce ad esso, nel nostro caso solo possiamo intenderla una volta iniziato il procedimento, dove si potrebbe applicare il principio dispositivo attraverso all'impulso di parte nel processo. Nonostante, in quanto all'inizio dello stesso, è chiaro che si può imporre l'interesse pubblico e di conseguenza, non opera il principio rogatorio che è espressione di un ambiente di giurisdizione volontaria, dove i litigi sono considerati di carattere privato.

QUARANTADUESIMA.- Conservazione imprenditoriale nell'ordinamento italiano: adeguamento di strumenti specifici e anticipazioni

La conservazione imprenditoriale in Italia non è in assoluto o un obiettivo compiuto dal legislatore in termini quantitativi: ancora esiste una percentuale maggioritaria di processi liquidatori essendo preponderante il fallimento. In ogni caso il sistema non cade nella chiara incongruenza nella quale incorre la LCon, che propugna l'accordo e la conservazione come lo scenario abituale nell'applicazione dell'istituzione. Questo perché esiste nell'ordinamento italiano una sana dissociazione tra soluzione pattata e soluzione conservativa all'insolvenza, di maniera che un accordo fallimentare può disporre la liquidazione del patrimonio. Non sempre che esista patto tra debitore e creditori sarà in senso conservativo. Si mantiene la coerenza se che manca la pretesa di un sistema che assicura *ex lege* una soluzione che non può garantire. Tale circostanza descrive il panorama generale dell'ordinamento italiano, così come il fallimento (istituto concorsuale basilico). Nonostante la conservazione imprenditoriale si preoccupa del legislatore italiano che ha creato procedimenti specificatamente preparati per arrivare ad una soluzione continuativa dell'attività economica del debitore. In essi il concetto fondamentale è quello di anticipazione. È evidente che gli istituti concorsuali che tentano di dare una soluzione conservativa all'insolvenza devono anticiparsi ad una soluzione patrimoniale irreversibile. In questo senso il sistema italiano conta con lo "stato di crisi", un presupposto obiettivo più ampio dell'insolvenza e che permette la azione previa dei procedimenti preventivi (che seguirà la proiettata procedura di allerta). L'iniziale superamento nell'ordinamento spagnolo degli istituti esecutivi e preventivi

(unità di procedimento), elimino la possibilità di introdurre altri presupposti obiettivi differenti dall'insolvenza. Senza dubbio, questa opzione rimase assolutamente degradata con l'inclusione degli istituti preconcorsuali, che insolitamente mantengono questa identità di presupposto obiettivo con il procedimento ordinario. Un istituto preconcorsuale il cui presupposto obiettivo replica a quello del concorso è un errore legislativo di grandi dimensioni.

QUARANTATREESIMA.- Similitudini nello studio dei principi che reggono i procedimenti concorsuali in Italia e Spagna

Si reputano similitudini molto accusate intorno ai principi di limitazione delle facoltà del debitore, universalità, integrazione e modulazione della realtà giuridico-obbligazionari negli ordinamenti spagnolo e italiano. Convergono entrambi i sistemi in un buon numero di assiomi, ciò che rende riconoscibili le istituzioni concorsuali nell'uno e nell'altro paese. Si tratta di principi sostantivi che identificano una finalità comune. C'è quindi da segnalare che nell'ambito concorsuale i nostri ordinamenti rispondono ad una stessa logica, almeno un'intenzione simile, anche se questa circostanza decada in un certo modo quando si constatino le differenze sui principi concorsuali che, se anche condividono caratteri sostantivi, comunque si riferiscono più al modo e agli strumenti per i quali il legislatore ha optato, per dare attenzione a detta finalità comune. Le idee sono simili, anche se il modo di svilupparle no. In Italia si mantiene un sistema realmente più congruente e meno ambizioso, mentre quello spagnolo è carico di aspettative senza poi compirle.

QUARANTAQUATTRESIMA.- L'uguaglianza dei creditori nel modello italiano

La *par conditio creditorum*, essendo la regola concorsuale per eccellenza, deve intendersi nel sistema italiano come una somiglianza con rispetto alla situazione spagnola, tanto in grado di instaurazione e effettività come nella sua prospettiva futura. Inizialmente, questa affermazione apparentemente semplice deve saltare un importante ostacolo, ossia se nel Diritto spagnolo la caratterizzazione della *par conditio creditorum* come principio concorsuale e semplice, data l'allusione della LCon all'uguaglianza dei creditori, in Italia non è la legge fallimentare che accoglie la regola, ma il Codice Civile nel suo art. 2741. Nonostante, nel Codice Civile italiano si contengono anche norme di marcato carattere commerciale, basta citare la regolamentazione del Diritto societario

nel suo libro V (del lavoro). Inoltre, l'analisi dello stato della questione mostra posizionamenti dottrinali a noi che aderiamo, che raccolgono la considerazione il principio come proprio dell'ambito concorsuale. Questa circostanza e la rivelazione degli stessi problemi che troviamo nel Diritto spagnolo, tali come la proliferazione di privilegi e classi creditizie e il migliorabile adattamento dell'assioma alla soluzione pattata dell'insolvenza, sono gli argomenti che ci portano a concludere che siamo di fronte una somiglianza tra questi sistemi.

VIII

QUARANTACINQUESIMA.- Inadeguatezza delle norme concorsuali per la consecuzione delle sue principali finalità

Il Diritto concorsuale, sia in Spagna che in Italia, non ha raggiunto dare compimento ai suoi principali obiettivi. Si tratta di un settore dell'ordinamento che non accontenta il debitore né i suoi creditori. Tanto il soddisfacimento dei creditori come la conservazione dell'attività economica del debitore sono fini che se anche non sono state tralasciate, comunque non garantiscono nel grado sperato. Di fatto, ambo i concetti si relazionano più di quanto inizialmente potrebbe sembrare. Nell'economia basata nel settore terziario e con un tetto industriale ben più debole –come l'italiana o la spagnola –la continuità imprenditoriale si rivela come un elemento fondamentale per cercare la migliore soddisfazione dei creditori. La correlazione si concreta in ciò che la maggior parte delle imprese, in questo contesto, non contano su un importante valore produttivo che possa ottimizzare la sua manifattura o guadagnare in efficienza, ma il capitale preponderante sarà umano, essendo l'ottenimento di benefici una condizione *sine qua non* per la generazione di valori a partire dai beni dell'impresa. In questo modo, se la continuità imprenditoriale si interrompe, il risultato nell'economia terziaria o di servizi è più grave, posto che il soddisfacimento dei creditori sarà fortemente legata alla conservazione dell'impresa, intendendo che il valore della realizzazione dei beni di questa non raggiungerebbe per regola generale quote accettabili di soddisfazione creditizia. L'inadeguatezza delle norme concorsuali o la sua mancanza di stimoli nel senso di promuovere soluzioni conservative che permettano di far rispondere al debitore fallito con il beneficio della sua attività professionale, o imprenditoriale può determinare –specialmente nel caso spagnolo– la considerazione del sistema come repressivo, fino a

che non si stabilisce l'ambito adeguato per il recupero del debitore insolvente, che era inoltre lo spirito della LCon. Nel punto nel quale ci troviamo concludiamo che la cosa più ragionevole sarebbe una nuova revisione dell'istituzione concorsuale dalle sue basi, incorporando gli importanti apporti che l'analisi economica del Diritto può fare al Diritto concorsuale, promovendo l'idea di un "*concorso* efficiente", dove si può discriminare con nitidezza il debitore che merita uno sforzo da parte del legislatore; e che non deve passare per un procedimento che finalizzerà con la liquidazione dei suoi beni, in luogo di utilizzare criteri generalizzati che non si adattano alla realtà di ogni debitore.

IX

QUARANTASEIESIMA.- Commercialità dell'istituzione concorsuale

Nell'origine e nello sviluppo dell'istituzione concorsuale, c'è un elemento chiave che ha supposto la sua causa e il suo motore durante la storia della disciplina: il commercio. Il Diritto concorsuale è più che altro un settore del Diritto commerciale già che è stata la realtà commerciale che ha dato impulso alla creazione dei suoi principali istituti e meccanismi e dà senso alla stessa. Lo studio del sistema frammentato, con procedimenti specifici per il debitore civile (come quello italiano) rende difficoltosa la comprensione di questa realtà già che a priori può indurre alla confusione che il concorso si esprime in differenti processi, alcuni commerciali altri civili. Nonostante, la nostra tradizione concorsuale e la nostra legge vigente chiariscono che è un procedimento preparato e organizzato per dare risposta all'insolvenza commerciale e che si è adattato nel miglior modo possibile al debitore non commerciante. Chiarito l'aspetto commerciale dell'istituzione concorsuale, non per questo neghiamo che il Diritto concorsuale, ingrandisca la nomina di ambiti dell'ordinamento, che attraverso le leggi speciali servono ad unificare il Diritto privato, superando le differenze tra Diritto civile e Diritto commerciale. Nonostante, in questo caso detta unificazione si dà per la via della commercializzazione di tutta la realtà concorsuale che abbia o meno origine nel commercio (anche se la logica accomodazione delle regole determina differenze tra di loro), si è dove ha trovato la sua origine, il suo sviluppo e il suo senso. Si impone nell'ordinamento una concezione commerciale del concorso che si è estesa a tutti gli ambiti della vita.

X

QUARANTASETTESIMA.- Definizione del concorso caratterizzato nella LCon

Così come abbiamo caratterizzato assiomaticamente il *concorso* nella LCon, possiamo definirlo come l'unica istituzione che tratta giuridicamente l'insolvenza attraverso un procedimento rogato che incide in modo critico sulla sfera obbligazionale del debitore, che vede tagliate le sue facoltà in cambio di un regime speciale di adempimento delle obbligazioni, rimanendo vietato durante il procedimento l'esecuzione singolare da parte dei creditori che si integrano in una comunità di perdite e sostituiscono l'esecuzione individuale propria del Diritto comune a favore di una sorta di esecuzione collettiva su tutti i beni del debitore e, nella misura del possibile, conservativa della sua attività economica, dove il criterio fondamentale di ripartizione è –o dovrebbe essere– l'uguaglianza di tutti i creditori.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV., *Sociedades Mercantiles. Memento práctico*, Madrid, -coordinado y editado por- Ediciones Francis Lefebvre, 2010.
- ABATE, L., “Gli effetti del fallimento per i creditori: il divieto di azioni esecutive e cautelari individuali”, *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d’impresa dopo le riforme* (a cura di CELENTANO, P. e FORGILLO, E.), Torino, UTET Giuridica, 2008.
- ALBALADEJO CAMPOY, M. A., “La prohibición de compensación de créditos en los concursos de acreedores”, *Diario La Ley*, nº 7653, 16 de julio de 2011.
- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, Barcelona, Bosch, 2002.
- ALCOVER GARAU, G., “La ley 22/2003, de 8 de julio, concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La Quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación*, Universidad de Sevilla, 1970.
- ALEMÁN MONTERREAL, A., *La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*, Santiago de Compostela, Andavira, 2010.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La «vis atractiva» del proceso concursal*, Pamplona, Aranzadi, 2007.
- ALONSO ESPINOSA, F. J. “La declaración del concurso en la Ley 22/2003”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- ÁLVAREZ LATA, N., “Artículo 297”, *Comentarios al Código Civil* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Pamplona, Aranzadi, 2009.

- ANTÓN SANCHO, M., “Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores: la reciprocidad como presupuesto para la aplicación de los artículos 61 y 62 de la Ley concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 32, 2014.
- AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., “Salgado de Somoza, un precursor de la moderna doctrina del Derecho concursal”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III, Madrid, Civitas, 1996.
- “El Derecho concursal en las Ordenanzas de Bilbao”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- APICE, U. e MANCINELLI, S., *Diritto Fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2008.
- APODACA Y OSUNA, F., *Presupuestos de la quiebra*, México D. F., Stylo, 1945.
- ARIAS VARONA, F. J. “La delimitación de la masa activa del concurso”, *El concurso de acreedores* (dirigido por PULGAR EZQUERRA, J.), Madrid, La Ley, 2012.
- ARROYO MARTÍNEZ, I., y MORRAL SOLDEVILA, R., *Teoría y práctica del Derecho concursal. Examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas (Ley 14/2013 y RDL 4/2014)*, Madrid, Tecnos, 2014.
- “Consideraciones críticas sobre el acuerdo extrajudicial de pagos y las reformas de la Ley Concursal”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- ASENCIO, J. M., “El problema de la constitucionalidad de las medidas limitativas de derechos del concursado”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 17, 2009.
- AURIOLES MARTÍN, A., “Algunas consideraciones sobre la administración concursal profesional y sus repercusiones sobre la economía del concurso”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005.

- AZOFRA VEGAS, F., “La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº16, 2012.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E., “La responsabilidad de los administradores concursales”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- BATALLER, J., “La desjudicialización de la insolvencia. Una visión crítica”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- BELMONTE DE LA VILLA, P., “El concurso de acreedores de la persona física, asignatura pendiente de la Ley Concursal”, *www.cincodias.com* (artículo de opinión), 15/02/2013.
- BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986.
- “Las deudas de la masa”, *Preferencia de créditos* (Manuales de formación continuada, nº 2), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- “Créditos concursales y créditos contra la masa”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 59, 2004.
- “La prioridad de los créditos contra la masa”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- “Integración de la masa pasiva (art. 49)”, *Comentario de la Ley Concursal* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Tomo I, Madrid, Civitas, 2004.
- “La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 11, 2007.

- “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 50, 2010.
 - “La reforma de la Ley Concursal”, *Materiales de la reforma concursal 2009-2011* (coordinado por BELTRÁN, E. y CAMPUZANO A. B.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- BENITO, L., *Las Bases del Derecho Mercantil*, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler, 1903.
- BERCOVITZ, A., “Aspectos mercantiles de la Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004.
- *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Madrid, Bercal, 2006.
- BETANCOURT, F., “El concurso de acreedores en el Derecho romano clásico”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G., “Las modificaciones estructurales en sede de convenio concursal: un análisis crítico”, *Revista de Derecho UNED*, nº16, 2015.
- BISBAL MÉNDEZ, J., “Los fines del sistema concursal. Una aproximación económica al Derecho de quiebras”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Volumen 83, nº 3, 1984.
- *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986.

- BLASCO GASCÓ, F. P., *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- BONELLI, G., *Del Fallimento (Commento al Codice di Commercio)*, Milano, Francesco Vallardi, 1938.
- BONET NAVARRO, A., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004.
- BOU, A., “La Reforma de la Ley Concursal, un análisis desde Jausas Abogados”, *www.diariojuridico.com*, 8 de noviembre de 2011.
- BOZZA, G., “I principi della formazione dello stato passivo”, *Trattato delle procedure concorsuali* (a cura di JORIO, A. e SASSANI, B.), Volume II, Milano, Giuffrè, 2014.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, Volumen II, Madrid, Tecnos, 2012.
- CABALLERO GARCÍA, F., *Los créditos contra la masa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- CABANAS TREJO, R., “Una nueva reforma de la legislación concursal (RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal”, *Diario La Ley*, nº 8406, 24 de octubre de 2014.
- “El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)”, *Diario La Ley*, nº 8505, 23 de marzo de 2015.
- CAIAFA, A., *Lezioni di Diritto Concorsuale*, Padova, CEDAM, 2003.
- CALAZA LÓPEZ, S., “El proceso de prodigalidad: una nueva concepción como reto de la justicia civil ante la sociedad globalizada”, *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal -I*

- Internacional-* (coordinado por NEIRA PENA, A., PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., y FERREIRO BAAMONDE, X.), 2012.
- CAMPOBASSO, G. F., *Diritto commerciale. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali* (a cura di CAMPOBASSO, M.), Tomo III, Torino, UTET Giuridica, 2014.
- CAMPUZANO, A. B., “El Derecho de la insolvencia. El acuerdo extrajudicial de pagos”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., *Lecciones de Derecho concursal*, Madrid, Tecnos, 2012.
- CANDIAN, A., *Il processo di fallimento: programma di un corso*, Padova, CEDAM, 1934.
- CARANO, C., *L’apertura del fallimento*, Milano, Giuffrè, 2001.
- CARAZO GONZÁLEZ, I., y DOMÍNGUEZ RUIZ, G., “Modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, Centro de Estudios Financieros, nº 369, 2013.
- CARRASCO PERERA, A., “El mecanismo de segunda oportunidad para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, Centro de Estudios de Consumo – Universidad de Castilla-La Mancha, nº 13, 2015.
- CARRERAS LLANSANA, J., “Jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- CASTRESANA, J., “La progresiva pérdida del principio de relatividad de los contratos”, *Diario La Ley*, nº 8296, 23 de abril de 2014.

- CAUMONT, A., *Doctrina General del Contrato. Propositiones teóricas de innovación*, Montevideo, La Ley Uruguay, 2013.
- CAZORLA GONZÁLEZ, M. J., *El concurso de la herencia*, Madrid, Reus, 2007.
- *La insolvencia voluntaria del deudor*, Pamplona, Aranzadi, 2014.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., “El administrador concursal persona jurídica: su naturaleza jurídica en la Ley 38/2011”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº17, 2012.
- CENSONI, P. F., “I caratteri del fallimento”, *Manuale di Diritto Fallimentare* (BONFATTI, S. e CENSONI, P. F.), Padova, CEDAM, 2011.
- CENSONI, P. F. e PACCHI, S., “Il Fallimento”, *Diritto Fallimentare* (coordinato da MAFFEI ALBERTI, A.), Bologna, Monduzzi, 2002.
- CERDÁ ALBERO, F., “La insolvencia: presupuesto objetivo del concurso”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- CERVERA MARTÍNEZ, M., “Los créditos contra la masa”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- CLEMENTE MEORO, M., “Término y vencimiento anticipado: antecedentes históricos”, *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 44, nº 4, 1991.
- COMENDADOR, D., “La nueva tramitación abreviada del concurso de acreedores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº17, 2012.
- CONDE FUENTES, J., “Novedades concursales de la ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (Ley 14/2013, de 27 de septiembre)”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, nº1, 2013.

CONDE TEJÓN, A., “La capitalización quasi forzosa por compensación de créditos como contenido de acuerdos de refinanciación tras la Ley 17/2014”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 43, 2014.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Diario de Sesiones*, nº 196, 17 de octubre de 2002.

— *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, núm. 101-15, 2 de diciembre de 2002.

CONSEJO DE ESTADO, “Dictamen núm. 65/2002, de 21 de marzo de 2002”, *Doctrina Legal* (Sección Segunda), Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2002.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 2003*, 2004.

CONTRERAS DE LA ROSA, I., “Efectos básicos de la declaración de concurso sobre el deudor en la nueva Ley Concursal. Especial referencia a la intervención o suspensión y su incidencia en la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005.

CORDERO CUTILLAS, I., “La falta de capacidad. Las instituciones protectoras. La prodigalidad, como conducta patrimonial desordenada. Su protección”, *La falta de capacidad. Las instituciones protectoras* (AAVV), Cuadernos Prácticos Bolonia, Madrid, Dykinson, 2009.

CORDÓN MORENO, F., “Algunas cuestiones procesales problemáticas del concurso de acreedores”, *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), nº3, 2010.

— *Proceso concursal*, Pamplona, Aranzadi, 2013.

CORDONES RAMÍREZ, M., “Apuntes históricos sobre la evolución del sistema de quiebra de los comerciantes (especial referencia a las Ordenanzas Consulares de Málaga: un precedente olvidado en la Historia del Derecho concursal español”,

Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Los Juzgados de lo Mercantil. Jurisdicción y competencia en el proceso concursal”, *Aspectos de la nueva Ley Concursal – concursos, créditos, administradores, jueces–* (dirigido por: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., OTERO LASTRES, J. M. y ROGEL VIDE, C.), Madrid, Reus, 2004.

— “La naturaleza jurídica de la declaración de concurso”, *Derecho procesal concursal* (dirigido por OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, R.), Madrid, Marcial Pons, 2008.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, J. V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

CRUZ GALLARDO, B., *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores*, Madrid, La Ley, 2014.

CUNEO, V. L., *Le procedure concorsuali. Natura, effetti, svolgimento*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2002.

D’AVACK, C., *La natura giuridica del fallimento*, Padova, CEDAM, 1940.

DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.

DE HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Philipica*, Madrid, 1797.

DE LA MORENA SANZ, G., “Desarrollos reglamentarios pendientes de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 17, 2012.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil* (DE LA OLIVA SANTOS A. y FERNÁNDEZ, M. A.), Volumen I, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.

- DELGADO, J. C. y CUESTA MARTÍN, C., “La problemática del concurso de acreedores de la persona física. Soluciones jurisprudenciales y de Derecho Comparado”, *www.legaltoday.com*, 1 de marzo de 2013.
- DÍAZ DE LEZCANO, N., “La compensación en la Ley Concursal. Régimen general y excepciones”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- DÍAZ GONZÁLEZ, F. J., “La exposición del concurso de acreedores en las Instituciones de Derecho real de Castilla”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, (Universidad de Alcalá), nº3, 2010.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., “La dudosa constitucionalidad de la regulación legal de las medidas limitativas de derechos fundamentales del deudor en el proceso concursal”, *Estudios de Deusto*, volumen 59, nº 2, 2011.
- DÍAZ MORENO, A., “La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- “Finalización de la fase común, comunicaciones posteriores de créditos y modificación del texto definitivo de la lista de acreedores en el proyecto de reforma de la Ley Concursal: primeros apuntes”, *Materiales de la reforma concursal 2009-2011* (coordinado por BELTRÁN, E. y CAMPUZANO A. B.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- “La masa pasiva. Los créditos concursales. Los créditos contra la masa”, *Derecho Mercantil. Derecho concursal* (coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. y DÍAZ MORENO, A.), Volumen 10º, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, Madrid, Tecnos, 2012.
- DÍEZ SOTO, C. M., *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Madrid, Reus, 2006.

- DIDONE, A., “Ragionevole durata del (giusto) processo concorsuale”, *Le riforme e tecniche dei processi civili* (a cura di DIDONE, A.), Torino, UTET Giuridica, 2009.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, M. P., “La posición jurídica del consumidor insolvente”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 25, 2012.
- DONGIACOMO, G., “L’iniziativa per la dichiarazione di fallimento. L’iniziativa del pubblico ministero”, *Fallimento e concordato fallimentare* (a cura di JORIO, A.), Tomo I, Torino, UTET Giuridica, 2016.
- D’ORS, A., *Derecho privado romano*, Navarra, EUNSA, 2008.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Sobre el concepto básico de insolvencia”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- EASTON, D., *Esquema para el análisis político*, Buenos Aires, Amorrortu, 1976.
- ENCISO ALONSO-MUÑAMER, M., “El convenio”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- ESPIGARES HUETE, J. C., *La acción rescisoria concursal*, Pamplona, Aranzadi, 2011.
- ESTEBAN VILLAR, J. L., “Los «insiders» en el concurso de acreedores”, *Diario La Ley*, nº 7908, 24 de julio de 2012.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., “Exoneración de deudas y "fresh start": Ley concursal y Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº22, 2015.
- FABIANI, M., “L’accertamento dello stato passivo”, *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma* (directo da JORIO, A. e FABIANI, M.), Bologna, Zanichelli, 2010.

— *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011.

— “Causa del concordato preventivo e oggetto dell’omologazione”, *Le nuove leggi civili commentate*, XXXVII, nº 3, 2014.

FALCON IRIONDO, E., “El pago anticipado de los créditos laborales en la Ley 18.387”, *Revista de Derecho comercial*, nº 3, 2010.

— “Algunos de los problemas que se pueden generar cuando los trabajadores de la concursada se organizan en Cooperativas, Sociedades u otra modalidad empresarial a efectos de continuar con la actividad empresarial”, *Revista de Legislación Uruguaya*, año II, nº 1, 2011.

— “¿El Juez de concursos es competente para entender en los juicios ejecutivos promovidos antes de la declaración de concurso?”, *Tres pilares del moderno Derecho comercial* (AAVV), Montevideo, FCU, 2011.

— “La finalidad principal del concurso no es la recuperación y conservación de la empresa en crisis”, *Revista crítica de Derecho privado*, nº 12, Volumen 1, 2015.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., “Sobre la jurisdicción y competencia del Juez del concurso”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005.

FERNÁNDEZ DE BILBAO, J., “Comunidad de bienes y Sociedades civiles para empresa. La sociedad irregular”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho*, año X, nº 22, 2011.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación”, *Revista de Derecho UNED*, nº9, 2011.

— *Derecho público romano*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2013.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 32, 2014.

- FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ, C., “El Anteproyecto de Ley de concurso de acreedores de 1959”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, Barcelona, Bosch, 2013.
- “La venta de unidades productivas en el procedimiento concursal abreviado”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., “Efectos del concurso”, *Memento Práctico Concursal 2015* (coordinado por VILLORIA RIVERA, I. y ENCISO ALONSO-MUÑAMER, M.), Madrid, Ediciones Francis y Taylor, 2014.
- FERRARA jr., F. e BORGIOLO, A., *Il Fallimento*, Milano, Giuffrè, 1995.
- FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos subordinados*, Pamplona, Aranzadi, 2006.
- FERRER VANRELL, M. P., “Conceptos jurídicos”, *La falta de capacidad. Las instituciones protectoras* (AAVV), Cuadernos Prácticos Bolonia, Madrid, Dykinson, 2009.
- FIALE, A., *Diritto Fallimentare*, Napoli, Simone, 2008.
- FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, Civitas, 1992.
- FONT GALÁN, J. I., MIRANDA SERRANO, L. M., PAGADOR LÓPEZ, J. y VELA TORRES, P. J., “Derecho concursal y Constitución económica. Sobre la constitucionalidad y régimen de *cierre judicial de la empresa* y de otras cuestiones concursales”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.

- “Capacidad empresarial del deudor concursado y capacidad judicial de cierre de la empresa”, *Personalidad y capacidad jurídicas* (coordinado por CASADO RAIGÓN, R. y GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.), Tomo I, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la UCO, 2005.
- “La continuación de la empresa en crisis entre el Derecho concursal y el Derecho de la competencia”, *Estudios de Derecho de la competencia* (coordinado por FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M.), Madrid, Marcial Pons – Servicio de Publicaciones de la UCO, 2005.
- “Viabilidad *antitrust* de las soluciones concursales de conservación de la empresa. *Socialización concursal del Derecho de la competencia*”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 252, 2004.

FRADEJAS RUEDA, O. M., “Un anacronismo en la modernización de nuestro Derecho concursal: la presunción muciana del artículo 78.1 de la Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005.

FRASCAROLI SANTI, E., *Insolvenza e crisi dell'impresa*, Padova, CEDAM, 1999.

- “Articolo 182 bis”, *Commentario breve alla Legge Fallimentare* (directo da MAFFEI ALBERTI, A; coordinato da GUERRIERI, G.), Padova, CEDAM, 2013.

FUENTES DEVESA, R., “Artículo 61”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014.

- “Artículo 62”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014.

- “Artículo 63”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014.

GADEA, E., *Iniciación al estudio del Derecho Concursal*. Madrid, Dykinson, 2005.

- “La prueba de la insolvencia en el procedimiento concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº14, 2011.
- GALGANO, F., *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, Zanichelli, 2013.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La administración concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- GALLETTI, D., *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, E., “La mediación societaria”, *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* (dirigido por OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J. L.), Madrid, Tecnos, 2015.
- GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., *Efectos del concurso sobre los créditos: Compensación, suspensión del devengo de intereses e interrupción de la prescripción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- GARCÍA-CRUCES, J. A., “El fracaso del proceso concursal ya declarado”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 30, 2013.
- “Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de «perjuicio»”, *La reintegración en el concurso de acreedores* (dirigido por GARCÍA-CRUCES, J. A.), Pamplona, Aranzadi, 2014.
- GARCÍA DE LA PUERTA LÓPEZ, M. I., *Apunte bio-bibliográfico de don Francisco Salgado de Somoza (La Coruña, 1595?-Alcalá la Real, 1656), autor del "Labyrinthus creditorum", su testamento y codicillo*, Universidad de Córdoba, 2002.
- GARCÍA ESCOBAR, G. A., “El tratamiento de los créditos concursales y el principio par conditio creditorum”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 5, 2014.

- “Naturaleza jurídica del concursado: un estudio sobre capacidad a la luz de la prodigalidad”, *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la dependencia y discapacidad* (dirigido por GARCIA GARNICA, M. C.), Madrid, Dykinson, 2014.
- “El concurso de la sociedad”, *Derecho de sociedades y otros operadores del mercado* (coordinado por PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Granada, AVICAM, 2015.
- “Presupuesto subjetivo del concurso en el Derecho español: el caso de la sociedad irregular”, *Revista crítica de Derecho privado*, nº 12, Volumen 1, 2015.

GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado romano*, Madrid, Dykinson, 1979.

GARCÍA MARTÍNEZ, R., “Principios de Derecho concursal: la igualdad de los acreedores”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 1984.

GARCÍA POMBO, A., *Comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos en el concurso*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004.

GARCÍA VIDAL, A., “La legitimación para solicitar la declaración de concurso de las sociedades mercantiles”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.

GARRIDO, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, Civitas, 2000.

- “La graduación de créditos”, *La reforma de la legislación concursal* (dirigido por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003.

GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil* (1ª ed.), Madrid, Aguirre, 1940; (2ª ed.), Madrid, Silverio Aguirre, 1956; (3ª ed.), Madrid, Silverio Aguirre, 1960; (5ª ed.), Madrid, Aguirre, 1969.

- “Teoría general de las sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 142, 1976.
- GENTO CASTRO, Z., “La venta de la unidad productiva en el concurso”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- GETE-ALONSO, M.C., “Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad”, *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad* (dirigido por GARCÍA GARNICA, M.C.), Pamplona, Thomson Reuters, 2011.
- GIL RODRÍGUEZ, J., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004.
- GIRÓN TENA, J., “Las sociedades irregulares”, *Anuario de Derecho civil*, Volumen 4, nº 4, 1951.
- GÓMEZ ASENSIO, C., “Real Decreto-Ley 1/2015 y mecanismo de segunda oportunidad: una paradójica reforma”, *Diario La Ley*, nº 8514, 8 de abril de 2015.
- GÓMEZ LÓPEZ, E., “Artículo 49”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014.
- GÓMEZ MARTÍN, F., “Doctrina de los Juzgados de lo Mercantil en sede concursal”, *Estudios de Deusto*, Volumen 55, nº 1, 2007.
- GÓMEZ MENDOZA, M., “Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret*, 3/2007.

- GÓMEZ SEGADE, J. A., “Los Juzgados de lo Mercantil, o de cómo el fin no justifica los medios”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- GONZÁLEZ CANO, M. I., *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004.
- GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, P., “Los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- GONZÁLEZ PACHÓN, L., *La desprivatización y desjudicialización del Derecho de la insolvencia. Especial referencia a los acuerdos de refinanciación* (Tesis Doctoral dirigida por VELASCO SAN PEDRO, L. A.), Universidad de Valladolid, 2015.
- GUGLIELMUCCI, L., *Lezioni di Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2004.
- *Diritto Fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2014.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Los procesos sobre la capacidad de las personas en la nueva LEC”, *Actualidad Civil* (Sección Doctrina), La Ley, nº3, 2001.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., “La acción rescisoria concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- GURREA CHALÉ, A., “La determinación y el pago de los créditos contra la masa en el Derecho español”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

GURREA MARTÍNEZ, A., “El Derecho concursal en España: el problema de un sistema mal entendido”, *e-dictum*, nº 55, julio de 2016.

— “Las tendencias actuales en la configuración del interés del concurso”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

GUTIÉRREZ CUADRADO, J., *Fuero de Béjar*, Universidad de Salamanca, 1974.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “La naturaleza jurídica del convenio concursal”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

HERBOSA MARTÍNEZ, I., “Los efectos del concurso en la Ley concursal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 2004.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M., “Los créditos con privilegio”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

— *La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia*, Madrid, Lefebvre-El Derecho, 2015.

HIERRO ANIBARRO, S., “Estudio de una jurisdicción conflictiva. Los tribunales concursales de Estados Unidos de América”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.

— “Los problemas de constitucionalidad de la jurisdicción concursal de los Estados Unidos”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 4, 2006.

- HURTADO, S., “La Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal: Modificaciones esenciales introducidas”, *www.diariojuridico.com*, 02/01/2012.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., “Objetivación y subjetividad en la delimitación del denominado *presupuesto objetivo* del concurso”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- IGLESIAS-REDONDO, J., “El concurso de acreedores en Derecho romano clásico”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- JACQUET YESTE, T., “Acuerdos de refinanciación versus propuesta anticipada de convenio”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 18, 2013.
- JIMÉNEZ DE PARGA, R., “Apuntes sobre el concepto de insolvencia en la Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- JUAN Y MATEU, F., “La retribución de los administradores concursales”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- LANGLE, E., *Manual de Derecho mercantil español*, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1950.
- LÁZARO SÁNCHEZ, M. J., “La contabilidad como obligación profesional del empresario”, *Anales de Derecho*, nº 12, 1994.
- LAZO GONZÁLEZ, P., “Limitación de la responsabilidad: bases romanas de un dogma iusprivatista”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Universidad Austral de Chile – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen XXV, nº 1, 2012.
- “El contexto dogmático de la *par conditio creditorum* en el Derecho romano”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 17, nº 2, 2010.

- LEÓN SANZ, F. J., “La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 30, 2013.
- LÓPEZ MÁÑEZ, L., “Administración concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 16, 2012.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La transmisión de la empresa en fase de liquidación del concurso de acreedores”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A., “Los efectos de la declaración de concurso (una primera aproximación a la disciplina contenida en la Ley 22/2003, de 9 de julio)”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- LÓPEZ SANTANA, N., “Observaciones en torno a la posibilidad de concurso de la sociedad irregular”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- LUNA SERRANO, A., “El Derecho civil en la segunda mitad del siglo XX”, *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, nº 144, 2003.
- “El patrimonio protegido del discapacitado”, *La protección jurídica del discapacitado* (coordinado por SERRANO GARCÍA, I.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- “Las ficciones del Derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento”, *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, nº 1, 2007.
- *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2015.

- MADURELL I MARIMON, J. M., “Quiebras en la vida mercantil catalana”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXIX, 1969.
- MAFFEI ALBERTI, A., “Alcune osservazioni sulla crisi dell’impresa e sulla continuazione dell’attività”, *Le nuove leggi civili commentate*, XXXVII, nº 2, 2014.
- MAIRATA LAVIÑA, J., *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal* (dirigido por GARCÍA VILLAYERDE, R., ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J.) Madrid, Dilex, 2003.
- “Efectos patrimoniales del concurso en el Proyecto de Ley Concursal (y II)”, *Diario La Ley*, nº 5743, 20 de marzo de 2003.
- MARCO ALCALÁ, L. A., “La rehabilitación de créditos y de contratos en la nueva Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., “Interés de los socios e interés del concurso durante la tramitación del proceso concursal”, *Convergencias y paralelismos en el Derecho de sociedades y en el Derecho concursal en el marco Estados Unidos-Unión Europea. III Seminario Harvard-Complutense de Derecho de los negocios* (AAVV), Madrid, Marcial Pons, 2007.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004.
- MARIÑO LÓPEZ, A., *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado*, Montevideo, La Ley Uruguay, 2016.
- MARRAFFA, R., *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori*, Milano, Giuffrè, 2005.
- MARTÍN MOLINA, P. B., “Comentarios sobre el nuevo Real Decreto-Ley 11/2014 sobre Medidas Urgentes en Materia Concursal”, *www.abogacia.es*, 29 de octubre de 2014.

- MARTÍNEZ ESPÍN, P., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61)”, *Comentario de la Ley Concursal* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Tomo I, Madrid, Civitas, 2004.
- “Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 4, 2005.
- “La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 6, 2005.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E., “Artículo 76”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M^a. I. y SIERRA NOGUERO, E., “Los órganos del concurso y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- MAZZOCCA, D., *Manuale di Diritto fallimentare*, Napoli, Jovene editore, 1996.
- MEANA PASCUAL, D., “La comunicación tardía de créditos en el concurso de acreedores”, *Noticias jurídicas. Artículos Doctrinales: Derecho Mercantil*, noviembre de 2011.
- MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, F. J., “Los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- MENÉNDEZ, A., “Hacia un nuevo Derecho concursal: su necesaria unidad”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.

MEZZASOMA, L., “Alcune riflessioni sulla costituzionalità della vigente disciplina in materia di fondazioni bancarie”, *Vita notarile*, nº 2, 2001.

— “Algunas reflexiones sobre la constitucionalidad de la normativa vigente en materia de fundaciones bancarias”, *Aspectos jurídico-económicos de las fundaciones*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2003.

— “Risoluzione alternativa delle controversie e tutela del consumatore”, *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (dirigido por GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E.), Tomo II, Madrid, Reus, 2010.

— “La protección del contratante débil en la legislación italiana”, *Revista Jurídica de daños*, nº 2, 2012.

— “Il Codice del consumo italiano e la tutela del contraente debole”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 86, 2013.

— “La protección del consumidor y del usuario en el ordinamiento italiano (la noción de consumidor y usuario)”, *Práctica Derecho de daños: Revista de responsabilidad civil y seguros*, La Ley, nº 116, 2013.

— “Consumatore e Costituzione”, *Rassegna Diritto civile*, nº 1/2015.

— “Novità del diritto contrattuale in Italia e tutela del contraente debole”, *Le Corti Umbre*, nº 3/2014.

— “Novedades del Derecho de Contratos italiano y la tutela del contratante débil”, *Revista crítica de derecho privado*, nº 12, Volumen 1, 2015.

MEZZASOMA, L., RIZZO, V. y LLAMAS POMBO, E. (a cura di), *La compravendita: realtà e prospettive*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

MEZZASOMA, L., RICCIUTO, V., RIZZO, V., y LLAMAS POMBO, E. (a cura di), *Il consumatore di servizi tra Italia, Spagna e Latino America*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

- MIRANDA SERRANO, L. M., “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores reativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?”, *Diario La Ley*, nº 8276, 21 de marzo de 2014.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *La conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aspectos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2006.
- MONTANARO, M., “Il Procedimento per la dichiarazione di fallimento”, *Le riforme e tecniche dei processi civili* (a cura di DIDONE, A.), Torino, UTET Giuridica, 2009.
- MONTANOS FERRÍN, E., “Quebrados *ex vitio* e inmunidad eclesiástica”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 11, 2007.
- MONTÉS, V., “Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 11, 2007.
- MONTOYA MELGAR, A., “Crisis de empresa y contrato de trabajo (panorama tras la Ley Concursal)”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- MORENO SERRANO, E., “La aplicación del art. 40 LC en la jurisprudencia”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 8, 2008.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., *Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- MORENO TRUJILLO, E., “Protección de las personas con discapacidad: Guarda de hecho y tutela”, *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad* (Dirigido por GARCÍA GARNICA, M.C.), Pamplona, Thomson Reuters, 2011.
- MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso de las sociedades*, Madrid, Iustel, 2004.
- *La junta de acreedores del concurso*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

- MOTOS GUIRAO, M. y BLANCO CAMPAÑA, J., “Proceso histórico de formación del Código de Comercio”, *Centenario del Código de Comercio*, Volumen II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.
- MUÑOZ DE BENAVIDES, C., “La administración concursal en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Principales modificaciones”, *Diario La Ley*, nº 7683, 28 de julio de 2011.
- “La finalidad del concurso de acreedores. Reformas introducidas por la Ley 38/2011”, *Actualidad Civil*, La Ley, nº 21-22, 2011.
- MUÑOZ MONTAGUT, C. J., *La administración concursal tras la reforma 2011: una perspectiva práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- NIETO DELGADO, C., “Reforma concursal: diez críticas esenciales al Proyecto de Ley”, *Materiales de la reforma concursal 2009-2011* (coordinado por BELTRÁN, E. y CAMPUZANO A. B.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- “Convenio con modificación estructural y liquidación: ¡Vaya caramelo!”, *elEconomista.es*, 14/11/2014.
- NIGRO, A., “Los problemas fundamentales del Derecho concursal desde la perspectiva de reforma del ordenamiento italiano”, *La reforma de la legislación concursal* (dirigido por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003.
- NIGRO, A. e VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, Il Mulino, 2014.
- NORELLI, E., “Gli effetti personali del fallimento”, *Le riforme e tecniche dei processi civili* (a cura di DIDONE, A.), Torino, UTET Giuridica, 2009.
- O’CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho civil*, Tomo I (Parte general), Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012.
- OLIVENCIA, M., “La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio”, *Centenario del Código de Comercio*, Volumen I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1986.

- “Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso”, *Revista del Poder Judicial*, nº Extraordinario 18, 2004.
- “Los principios de unidad de disciplina, subsistencia de la persona jurídica concursada, continuación de la actividad y conservación de la empresa en la Ley 22/2003”, *El Concurso de Sociedades en el Derecho Europeo (una experiencia comparada)*, Madrid, La Ley (monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal), 2004.
- “La declaración de concurso”, *La nueva ley concursal (AAVV)*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003.
- *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Madrid, Iustel, 2006.
- “El presupuesto objetivo del concurso”, *La Ley Concursal y su aplicación* (dirigido por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., RODRÍGUEZ, J. A., y SEBASTIÁN, R.), colección Papeles de la Fundación, nº33, Fundación de Estudios Financieros, 2009.
- “La satisfacción de los acreedores, fin esencial del concurso”, *Los acreedores concursales. II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Pamplona, Aranzadi, 2010.
- “Las reformas de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº16, 2012.
- “Los motivos de la reforma concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº17, 2012.
- “Concurso y precurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº22, 2015.
- “Ley Concursal y Código Mercantil (exclusión, coincidencias, remisiones y sustracciones)”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber*

Amicorum (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

OROZCO PARDO, G. y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Sobre la unificación del Derecho privado en materia de obligaciones y contratos; a propósito de la Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.

OSSORIO MORALES, J. y OSSORIO SERRANO, J. M., “La obligación y el Derecho de obligaciones”, *Curso de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos* (coordinado por SÁNCHEZ CALERO, F. J.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

OSSORIO SERRANO, J. M., *La prodigalidad*, Madrid, Montecorvo, 1987.

OTERO LASTRES, J. M., “Reflexiones sobre el principio de unidad en la nueva Ley Concursal”, *Aspectos de la nueva Ley Concursal –concursos, créditos, administradores, jueces–* (dirigido por: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., OTERO LASTRES, J. M. y ROGEL VIDE, C.), Madrid, Reus, 2004.

— “Reflexiones sobre el principio de unidad en la nueva Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.

PACCHI, S., “I debiti di massa nel fallimento”, *La tutela dei crediti nel giusto processo di fallimento* (a cura di DIDONE, A. y FILIPPI, P.), Milano, Giuffrè, 2002.

— “Il concordato fallimentare”, *Fallimento e altre procedure concorsuali* (directo da FAUCEGLIA, G. y PANZANI, L.), Tomo II, Torino, UTET Giuridica, 2009.

PAJARDI, P. *et al*, *Il fallimento nel mondo*, Padova, CEDAM, 1988.

— *Manuale di Diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1991.

— *Radici e ideologie del fallimento*, Milano, Giuffrè, 2002.

PALAO UCEDA, J., *La insolvencia inminente y el sistema concursal preventivo*, Barcelona, Bosch, 2013.

- PALOMAR OLMEDA, A., “La reforma de la Ley Concursal en materia de entidades deportivas”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº16, 2012.
- “La insolvencia de las entidades deportivas profesionales”, *El concurso de acreedores* (dirigido por PULGAR EZQUERRA, J.), Madrid, La Ley, 2012.
- PANZANI, L., “Le imprese soggette al fallimento”, *La riforma organica delle procedure concorsuali* (a cura di BONFATTI, S. e PANZANI, L.), Milano, IPSOA, 2008.
- “La vendita dell’azienda nel fallimento”, *Fallimento e altre procedure concorsuali* (diretto da FAUCEGLIA, G. y PANZANI, L.), Tomo II, Torino, UTET Giuridica, 2009.
- PARRA LUCÁN, M^a. A., “Las limitaciones del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores”, *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº 1, 2009.
- “Presupuesto subjetivo del concurso de acreedores”, *Aspectos civiles del Derecho concursal*, Universidad de Murcia, 2009.
- PASTORE, F., *Lezioni di Diritto Fallimentare*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.
- PASQUARIELLO, F., “Il concordato preventivo con continuità”, *Le nuove leggi civili commentate*, XXXVI, nº 5, 2013.
- PATTI, A., “Gli effetti sui rapporti giuridici preesistenti”, *Fallimento e concordato fallimentare* (a cura di JORIO, A.), Tomo II, Torino, UTET Giuridica, 2016.
- PAU, A., *Las limitaciones patrimoniales del concursado*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.
- PAYNE, J., “Schemes of arrangement y reestructuración de deuda en el derecho inglés”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº22, 2015.

- PEINADO GRACIA, J. I., “La distribución del riesgo de insolvencia”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- “Cooperación y pillaje en el concurso”, *Estudios de Derecho concursal* (dirigido por PEINADO GRACIA, J. I., y VALENZUELA GARACH, F. J.), Madrid, Marcial Pons, 2006.
- “La protección de los acreedores en el concurso. ¿Quién es el acreedor?”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 3, 2010.
- “La capitalización de los acuerdos de refinanciación”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en el Derecho Romano clásico*, Madrid, Mira editores, 2000.
- “Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 11, 2004.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “Los créditos subordinados”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- PÉREZ DE LA CRUZ, A., “Efectos de la declaración de concurso”, *La reforma de la legislación concursal española. Estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio* (coordinado por DE MARTÍN MUÑOZ, A. J.), Madrid, Dykinson, 2004.
- PÉREZ GORDO, A., “Ideas y perspectivas para un nuevo Derecho concursal”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Volumen 80, nº 4, 1980.
- PÉREZ PÉREZ, M., “Concepto, naturaleza jurídica y clases de privilegios del crédito salarial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 4, 1980.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. J., “Medidas de carácter jurídico privado por parte del legislador español para las nuevas iniciativas emprendedoras”, *Revista crítica de Derecho privado*, nº 12, Volumen 1, 2015.

— “Crisis y deporte: una invitación hacia otras formas de negocio”, *Revista española de Derecho deportivo*, nº 36, 2015.

— “Desafíos de la cohesión social en tiempos de crisis en la Comunidad Europea”, *Revista Electrónica Direito e Sociedade*, Volumen 4, nº 1, 2016.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Sobre las reformas legislativas en la llevanza de la contabilidad de los empresarios”, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

— “Notas sobre el estatuto jurídico del mediador en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, *Estudios de Derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá* (coordinado por PETIT LAVALL, M. V.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

— “El estatuto jurídico del mediador en asuntos civiles y mercantiles en la Ley de mediación y en el reglamento que la desarrolla”, *Revista crítica de Derecho privado*, nº 11, 2014.

— “El mediador concursal”, *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* (dirigido por OROZCO PARDO, G. y MONEREO PÉREZ, J. L.), Madrid, Tecnos, 2015.

— “La solidaridad de las obligaciones mercantiles en el Anteproyecto de Código Mercantil”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz* (dirigido por MORILLAS JARILLO, M. J., PERALES VISCASILLAS, M. P. y PORFIRIO CARPIO, L. J.), Madrid, Universidad Carlos III, 2015.

— “Derecho de libertad de empresa. Art. 17 DUDH y concordantes”, *El sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración*

universal de los derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes (dirigido por MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L.), Granada, Comares, 2015.

— “Notas sobre la regulación de los contratos y el Anteproyecto de Código Mercantil español”, *Revista crítica de Derecho privado*, nº 12, Volumen 1, 2015.

PÉREZ-SERRABONA, J. L., PÉREZ-SERRABONA, F. J. y GARCÍA ESCOBAR, G. A., “Commercial Law”, *Bilingual introduction to spanish Law for erasmus students* (dirigido por LÓPEZ SAKO, M. J.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

PÉREZ-SERRABONA, J. L. y ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, J. A., “El empresario mercantil”, *Lecciones de Derecho mercantil* (coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A.), Madrid, Tecnos, 2016.

PÉREZ TROYA, A., “Las especialidades concursales de las entidades de crédito ante la crisis financiera”, *Anuario de la Facultad de Derecho–Universidad de Alcalá*, nº3, 2010.

PIÑEL LÓPEZ, E., “Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 2, 2005.

PONS ALBENTOSA, L., “El arancel de la administración concursal profesional en la legislación de las insolvencias en España tras su reforma. Una aplicación del teorema Wickselliano de la imposibilidad tecnológica de la redistribución”, *www.elderecho.com*, 13/02/2012.

PORRAS ARBOLEDAS, P. A., “Procesos ejecutivos en la España castellana durante la Edad Moderna”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, nº 20, 2013.

PRENDES CARRIL, P., ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., y GÓMEZ MARTÍN, F., *Guía Práctica Concursal* (dirigido por PRENDES CARRIL, P.), Pamplona, Aranzadi, 2008.

PROVINCIALI, R., *Manuale di Diritto Fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1970.

— *Trattato di Diritto Fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1974.

PROVINCIALI, R., e RAGUSA MAGGIORE, G., *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Padova, CEDAM, 1988.

PULGAR EZQUERRA, J., “Aprobación de la reforma concursal en el pleno del Congreso ¿cambio de sentido de la reforma?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 58, 22 de mayo de 2003.

— “Los hechos externos del concurso de acreedores necesario”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.

— “El contenido dilatorio y remisorio del convenio concursal y las ayudas de Estado”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº1, 2004.

— *La declaración de concurso de acreedores*, Madrid, La Ley, 2005.

— “«Acuerdos de refinanciación y escudos protectores» en la reforma de la Ley Concursal española 22/2003”, *Diario La Ley*, nº 7731, 8 de noviembre de 2011.

— “*Fresh money* y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº16, 2012.

— “El presupuesto objetivo del concurso de acreedores”, *El concurso de acreedores* (dirigido por PULGAR EZQUERRA, J.), Madrid, La Ley, 2012.

— “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”, *Diario La Ley*, nº 8141, 4 de septiembre de 2013.

— “La Ley 17/2014, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, *Diario La Ley*, nº 8391, 3 de octubre de 2014.

- “Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación ex art. 5.bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 23, 2015.
 - *Preconcursalidad y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, Madrid, La Ley, 2016.
- PULIDO BEGINES, J. L., “La Jurisdicción Mercantil en el siglo XIX: de los consulados al fuero ordinario”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- RACUGNO, G., “Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale. Profili di diritto sostanziale”, *Trattato di Diritto Fallimentare* (directo da BUONOCORE, V., y BASSI, A.), Volume I, Padova, CEDAM, 2010.
- RAGONESI, V., *Manuale di Diritto e pratica fallimentare*, Milano, Pirola, 1986.
- RAMÍREZ, J. A., *Derecho concursal español: La Quiebra*, Barcelona, Bosch, 1959.
- RASCÓN GARCÍA, C., “La primera versión española de las XII Tablas”, *LABEO*, Volumen 46, nº 2, 2000.
- RASCÓN GARCÍA, C., y GARCÍA GONZÁLEZ, J. M. (Coordinadores), *Ley de las XII Tablas*, Madrid, Tecnos, 2003.
- REDÍN GOÑI, D. M., ARANDA LEÓN, C. y ARELLANO GIL, J., “Análisis económico”, *Las soluciones a la situación de insolvencia. Un análisis jurisprudencial y económico* (coordinado por HUALDE LÓPEZ, I.), Pamplona, Aranzadi, 2014.
- RIZZO, V., “Contratto e Costituzione”, *Rassegna Diritto civile*, nº 1/2015.
- RIZZO, V., CATERINI, E., DE NELLA, L. y MEZZASOMA, L. (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

- ROCA GUILLAMÓN, J. “Las expectativas en el concurso de acreedores”, *Los acreedores concursales. II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Pamplona, Aranzadi, 2010.
- ROCCO, A., *Il Fallimento: teoría generale ed origine storica*, Torino, Fratelli Bocca, 1917.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “Efectos de la declaración de concurso”, *Derecho Mercantil II* (Coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.) Madrid, Marcial Pons, 2010.
- “La determinación de las masas activa y pasiva del concurso”, *Derecho Mercantil II* (Coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.) Madrid, Marcial Pons, 2010.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J. C., “Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor”, *Derecho Mercantil. Derecho concursal* (coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. y DÍAZ MORENO, A.), Volumen 10º, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- RODRÍGUEZ-YNIESTO VALCARCE, A., *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona*, Pamplona, Aranzadi, 1990.
- ROJO, A., “Crisis de la empresa y procedimientos concursales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIV, 1982.
- “La reforma del Derecho concursal español”, *La reforma de la legislación concursal* (dirigido por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003.
- “Presupuesto subjetivo (art. 1)”, *Comentario de la Ley Concursal* (dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Tomo I, Madrid, Civitas, 2004.
- “El código mercantil”, *Otrosí*, número 12, 5ª época, octubre-diciembre de 2012.

- ROJO A. y BELTRÁN, E., “Regulación jurídica de la insolvencia: la legislación concursal”, *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirigido por MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen II, Pamplona, Aranzadi, 2014.
- “Las masas activa y pasiva del concurso de acreedores”, *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirigido por MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen II, Pamplona, Aranzadi, 2014.
- “Los efectos del concurso de acreedores”, *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirigido por MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen II, Pamplona, Aranzadi, 2014.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., “Los efectos de la quiebra en los contratos vinculados de crédito al consumo”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., “El proceso de reestructuración de las entidades de crédito en el Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 115, 2009.
- ROMERO COLOMA, A. M., “La prodigalidad y su problemática jurídica”, *Diario La Ley* (Sección Doctrina), nº 7890, 28 de junio de 2012.
- ROSSI, G., *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, Antonio Milani, 1956.
- RUGGERI, L., *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.
- “Produzione normativa e interpretazione assiologica per un Diritto contrattuale europeo”, *Fonti e tecniche legislative per un Diritto contrattuale europeo* (a cura di PERLINGIERI, P. e CASUCCI, F.), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- RUIZ DE LARA, M., “Artículo 59 bis”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “Ineficacia del negocio jurídico”, *Curso de Derecho civil I. Parte general y Derecho de la persona* (coordinado por SÁNCHEZ CALERO, F. J.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

— “Actos y negocios jurídicos”, *Curso de Derecho civil I. Parte general y Derecho de la persona* (coordinado por SÁNCHEZ CALERO, F. J.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

— “Elementos del negocio jurídico (I)”, *Curso de Derecho civil I. Parte general y Derecho de la persona* (coordinado por SÁNCHEZ CALERO, F. J.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

— “Elementos del negocio jurídico (II)”, *Curso de Derecho civil I. Parte general y Derecho de la persona* (coordinado por SÁNCHEZ CALERO, F. J.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

— “El sistema tutelar”, *Curso de Derecho civil I Bis. Derecho de familia* (coordinado por SÁNCHEZ CALERO, F. J.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, L. Anisson, 1665.

SALINAS, C., “Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 24, 2011.

SALVADOR CODERCH, P., “Comentario al artículo 294 del Código civil”, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coordinado por: AMORÓS GUARDIOLA, M. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Madrid, Tecnos, 1986.

SÁNCHEZ CALERO, F., “La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El presupuesto subjetivo en la Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.

- “Artículo 1.1: Presupuesto subjetivo”, *Comentarios a la legislación concursal* (dirigido por SÁNCHEZ CALERO, F. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Tomo I, Valladolid, Lex Nova, 2004.
- “El acuerdo extrajudicial de pagos”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 32, 2014.
- “Refinanciaciones y plan de viabilidad: conveniencia del informe de experto, autoría, contenido y responsabilidad”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 22, 2015.

SÁNCHEZ PAREDES, M. L., “Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “El régimen de recursos en la Ley Concursal”, *Diario La Ley*, nº 6253, 16 de mayo de 2005.

- “La extraconcursalidad del concurso de acreedores”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

SCALINI, P., *La compensazione nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1998.

SELLER ROCA DE TOGORES, L., “Artículo 40”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014.

- “Artículo 44”, *Ley Concursal Comentada* (coordinado por MACÍAS CASTILLO, A. y JUEGA CUESTA, R.), Madrid, El Derecho, 2014.

SENÉS, C., “El procedimiento abreviado en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley Concursal”, *Materiales de la reforma concursal 2009-2011* (coordinado por BELTRÁN, E. y CAMPUZANO A. B.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

- SEOANE CACHARRÓN, J., “El Secretario Judicial ante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal (civil y penal) para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial”, *Diario La Ley*, nº 7561, 3 de febrero de 2011.
- SOLER PASCUAL, L. A., “La retribución del administrador concursal. Análisis del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre por el que se establece el arancel de los derechos de los administradores concursales”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 3, 2005.
- SPARANO, V. e SPARANO, B., *La modifica delle situazioni giuridiche nelle procedure concorsuali*, Padova, CEDAM, 2002.
- STANGHELLINI, L., “Il concordato con continuità aziendale”, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, nº 10, 2013.
- SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ANÁLISIS Y ESTRATEGIA, “Situación económica de la zona euro en 2003”, *Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española*, nº 2800, Ministerio de Economía y Competitividad, 2004.
- TAPIA HERMIDA, A., “La gestión de la masa activa del concurso”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- TATO PLAZA, A., “Reconocimiento y graduación de créditos en la nueva ley concursal”, *Revista Xurídica Galega*, Nº 40, 2003.
- “Algunos apuntes en torno a los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- TEDESCHI, G. U., *Manuale del nuovo Diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 2006.
- TIRADO MARTÍ, I., “La sindicatura concursal”, *La reforma de la legislación concursal* (coordinado por ROJO, A.), Madrid, Marcial Pons, 2003.

- “Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal» (ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”, *Anuario de Derecho civil*, Volumen 63, nº 3, 2009.
 - “Crisis financiera y crisis soberana. Un análisis de los mecanismos de transmisión”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- TOMÁS y VALIENTE, F., “La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 30, Madrid, Ministerio de Justicia, 1960.
- TRUJILLO DÍEZ, I. J., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Madrid, Tecnos, 2004.
- URÍA, R., “Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 4 (julio-agosto), 1946.
- URQUIZU MEJÍAS, O., *La quiebra y el concurso de acreedores: origen, pervivencia y recepción en el sistema jurídico español* (Tesis Doctoral dirigida por OBARRIO MORENO, J. A.), Universidad de Valencia, 2012.
- VALENZUELA GARACH, F., “La Ley Concursal española de 9 de julio de 2003 como guía legislativa para el tratamiento de las crisis de las entidades financieras”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo V, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- VALENZUELA GARACH, F. J., “La responsabilidad societaria del órgano de administración en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España: pérdidas patrimoniales, disolución y concurso (art. 262.5 LSA)”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 270, 2007.
- “Reconocimiento y clasificación de un crédito concursal derivado de un contrato de compraventa C.I.F.”, *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal*, Volumen 2, nº 7/2013.

- VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso de la sociedad irregular*, Madrid, La Ley (monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal), 2005.
- VAN HEMMEN ALMAZOR, E., “Análisis institucional y económico de la nueva Ley Concursal”, *Estabilidad Financiera*, nº 6, 2004.
- “Formalismo judicial, control e incentivos en el concurso de acreedores”, *Estabilidad Financiera*, nº 16, 2009.
- *Estadística concursal. Anuario 2010*, Madrid, -coordinado y editado por- Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2011.
- *Estadística concursal. Anuario 2011*, Madrid, -coordinado y editado por- Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2012.
- *Estadística concursal. Anuario 2012*, Madrid, -coordinado y editado por- Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2013.
- *Estadística concursal. Anuario 2013*, Madrid, -coordinado y editado por- Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2014.
- *Estadística concursal. Anuario 2014*, Madrid, -coordinado y editado por- Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2015.
- VARELA MATEOS, E., *Textos de Derecho romano* (dirigido por DOMINGO, R.), Pamplona, Aranzadi, 1998.
- VASALLI, F., *Diritto Fallimentare: Presuposti, sentenza dichiarativa, organi, effetti per il debitore e per i creditori*, Tomo I, Torino, Giappichelli, 1994.

- VÁZQUEZ PIZARRO, M. T., “La formación de la masa activa”, *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (dirigido por CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La situación caótica y laberíntica de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal”, *La nueva Ley Concursal*, San Sebastián, Instituto vasco de Derecho procesal, 2004.
- VEIGA COPO, A. B., *Los privilegios concursales*, Granada, Comares, 2006.
- “La masa pasiva del concurso de acreedores”, *Problemas actuales del concurso de acreedores* (dirigido por SEBASTIÁN QUETGLAS, R., y VEIGA COPO, A. B.), Pamplona, Aranzadi, 2014.
- “Par condicio: privilegio, proporcionalidad e igualdad”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- VELEIRO REBOREDO, B., “La profesionalización del procedimiento concursal”, *Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española*, nº 2816, Ministerio de Economía y Competitividad, 2004.
- VERDÚ CAÑETE, M. J., “El concurso: declaración y órganos”, *Derecho mercantil de contratos. Derecho concursal (AAVV)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 1990.
- “El concurso de la persona jurídica”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- *Introducción al Derecho mercantil*, Volumen II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- “Desapalancamiento y Ley Concursal: en torno a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de refinanciación” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 22, 2015.

- VIGUERA RUBIO, J. M., “Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- “El Derecho Concursal: concepto y evolución histórica”, *Derecho Mercantil II* (coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), Madrid, Marcial Pons, 2010.
- “Los órganos del concurso”, *Derecho Mercantil II* (Coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.) Madrid, Marcial Pons, 2010.
- “Los presupuestos del concurso”, *Derecho Mercantil II* (coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), Madrid, Marcial Pons, 2010.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., “Funciones del secretario judicial en el proceso civil. Análisis de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1867, 2000.
- VILLORIA RIVERA, I., “El mito de la *par conditio creditorum*”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 9, 2008.
- “Masa activa”, *Memento Práctico Concursal 2015* (coordinado por VILLORIA RIVERA, I. y ENCISO ALONSO-MUÑAMER, M.), Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2014.
- “Masa activa”, *Memento Práctico Concursal 2016* (coordinado por VILLORIA RIVERA, I. y ENCISO ALONSO-MUÑAMER, M.), Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2015.
- VITALE, A., *I poteri delle parti nel vecchio impianto del fallimento*, Torino, Giappichelli, 2011.
- YANES YANES, P., “Hipertrofiando el privilegio del crédito público en el concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 8, 2008.

- “La reforma (inacabada) de la administración concursal en el Real Decreto-Ley 3/2009, de 30 de marzo”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº11, 2009.
- YÁÑEZ EVANGELISTA, J. y NIETO DELGADO, C., “Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 32, 2014.
- YZQUIERDO, M., “Las personas especialmente relacionadas con el concursado”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (coordinado por ROJO, A. y CAMPUZANO, A. B.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Madrid, Civitas, 2006.
- ZAMBRANA MORAL, P., *Iniciación Histórica al Derecho Concursal: Planteamientos institucionales*, Universidad de Málaga, 2001.
- “La cesión de bienes como posible solución al concurso de acreedores en la literatura jurídica europea (1550-1650)”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- ZANICHELLI, V., “Gli effetti del fallimento per il fallito e i creditori”, *Trattato delle procedure concorsuali* (a cura di JORIO, A. e SASSANI, B.), Volume II, Milano, Giuffrè, 2014.

REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

Sentencias del Tribunal Supremo

Número	Fecha	RJ
96/1979	15 de marzo	1979/871
4721/1979	7 de mayo	1979/1761
39/1982	14 de mayo	1982/2572
9985/1988	17 de junio	1988/5114
7400/1988	25 de octubre	1988/7637
15077/1990	2 de enero	1990/1
13258/1991	8 de marzo	1991/2084
17550/1993	20 de mayo	1993/3809
7706/1993	15 de noviembre	1993/8914
6290/1997	22 de octubre	1997/7410
957/2001	19 de octubre	2001/8649
388/2003	23 de abril	2003/3529
1280/2006	19 de diciembre	2007/382
1231/2009	21 de enero	2009/398
492/2009	22 de junio	2009/5105
548/2010	16 de septiembre	2010/5597
78/2011	de 27 junio	2011/4889
687/2011	11 de octubre	2011/7407
792/2012	9 de enero	2013/1633
162/2012	29 de marzo	2012/8003
373/2012	20 de junio	2012/6858
639/2012	7 de noviembre	2013/1245
44/2013	19 de febrero	2013/2568
50/2013	19 de febrero	2013/2148
322/2013	21 de mayo	2013/4956
430/2014	24 de julio	2014/4591
5759/2014	23 de diciembre	2014/6889
37/2015	17 de febrero	2015/925
199/2015	17 de abril	2015/1201
183/2015	19 de mayo	2015/2449
340/2015	24 de junio	2015/2769

Sentencias de Audiencias Provinciales

Órgano	Número	Fecha	Referencia Aranzadi
AP Barcelona (Sección 15ª)	287/2007	21 de mayo	JUR 2010/200195
AP Barcelona (Sección 15ª)	2/2010	13 de enero	AC 2010/324
AP Cantabria (Sección 2ª)	364/2010	4 de mayo	JUR 2010/357301
AP Madrid (Sección 28ª)	303/2011	14 de octubre	JUR 2011/415651
AP Alicante (Sección 9ª)	163/2012	21 de marzo	JUR 2012/215323
AP Barcelona (Sección 4ª)	233/2012	26 de abril	JUR 2014/148408
AP Alicante (Sección 9ª)	735/2012	27 de diciembre	JUR 2013/115465
AP Madrid (Sección 28ª)	315/2013	15 de noviembre	JUR 2014/58119
AP A Coruña (Sección 4ª)	287/2014	26 de septiembre	JUR 2014/262649

Resoluciones de Juzgados de lo Mercantil

Órgano	Tipo Resolución	Fecha	Referencia Aranzadi
JM nº1 de Oviedo	Sentencia	1 de marzo de 2005	AC 2005/1022
JM nº 6 de Madrid	Sentencia	3 de noviembre de 2008	AC 2009/1527
JM nº 1 de Cádiz	Auto	14 de julio de 2009	AC 2011/1663
JM nº 1 de Cádiz	Auto	2 de julio de 2010	AC 2011/1679
JM nº 1 de Málaga	Sentencia	7 de abril de 2011	AC 2011/1917

NOTA DE AGRADECIMIENTO

Durante la realización de esta Tesis Doctoral dije en varias ocasiones que al final de la misma en lugar de agradecimientos, pondría una “lista negra” de las personas que me habían retrasado en la entrega de la misma. Fue una broma, también una cierta intención, que surgió cuando realizaba mi estancia en la Universidad de Bolonia (posible gracias a los Profesores Francesco Vella y Gianluca Guerrieri), durante aquél congreso de Derecho romano en que conocí a Giovanni Luchetti, Ivano Pontoriero, Javier Belda, Pedro Resina y Antonio Leo De Petris (algo después también al ya Doctor Ignacio Fernández Chacón). Ellos eran en aquellos días el blanco de mis desasosiegos propios del doctorado; y a ellos les decía que tendrían un sitio de honor en esa lista negra por quitarme tiempo de estudio para emplearlo en cosas como el Derecho romano, el pasticciotto cerca de la biblioteca Antonio Cicu donde pasamos juntos tantas y tantas horas, las noches en Bounty: en definitiva, Bolonia. Entonces comencé a escribir, desde la Via Milazzo, lo que podría ser esa extravagancia que nunca pensé podría incluir realmente en la tesis. Pero poco a poco me dí cuenta de que aquellas personas con las que había surgido la idea y muchas otras que habrían de llegar después (incluso que estaban desde antes) no merecían una “lista negra”, sino mi más sincero agradecimiento por no dejarme caer en la obsesión a la que nos arriesgamos dedicando todo nuestro esfuerzo en una investigación. Durante estos tres años he disfrutado de la soledad del doctorando y también la he sufrido. A las personas que en cualquier momento me han ayudado a seguir en el camino del estudio les dedico por supuesto mi agradecimiento; pero sobre todo me descubro ante quienes han conseguido –pese al carácter de quien suscribe estas líneas– hacerme olvidar el Derecho concursal por unos momentos, porque gracias a ellos no me he perdido en ese camino.

Ruego se me permita una referencia más a mi objeto de estudio. Y es que todas estas personas que me he cruzado han dedicado y perdido en mí: tiempo, dinero, expectativas; son mis acreedores. Me siento en deuda con ellos y por desgracia no tengo ni tendré activos suficientes para pagarles. Estoy, sin duda, en situación concursal con todos ellos, a los que solo les puedo dedicar desde aquí mi agradecimiento y mi promesa de pago –entiéndase como una excentricidad y no como una categorización–:

A mis acreedores contra la masa, que tienen causa en el propio doctorado, pero cuyas razones han terminado por trascender el ámbito académico. A Don José Luis Pérez-Serrabona González y a la memoria de su maestro, Don Miguel Motos Guirao. A ambos por cultivar en mí el Derecho mercantil (al segundo de forma mediata) y obviamente de manera especial al primero, a mi maestro, por darme lecciones jurídicas, pero sobre todo por darme lecciones de vida; por ser un ejemplo de dignidad académica, de libertad y por permitirme –creo que más que a casi nadie– participar de su especialísima y genial manera de entender el mundo. Nunca se le reconocerá lo

suficiente una vida siendo útil a la cosa pública, al servicio de los demás (de todos) y de dedicación a la Universidad.

A mis acreedores con privilegio especial, aquellos cuyo crédito está garantizado con cargo a un bien inmueble. Al Real Colegio Mayor de San Bartolomé y Santiago, por salvarme la vida. En ese lugar que yo llamo el de las segundas, terceras y hasta cuartas oportunidades, he disfrutado de la amistad, en los últimos diez años, de colegas y de miembros del personal y de la Dirección, a los que mi agradecimiento no es, por poco explícito, menos sincero. A la Universidad de Granada (especialmente, al Departamento de Derecho mercantil y a quienes forman parte de él, así como al Decanato de la Facultad de Derecho) por ser mi Alma Mater y por toda la formación recibida que, si Dios quiere (no es una expresión), podré revertir en otros. Al resto de instituciones que han contribuido de manera fundamental, por cualquier vía pero principalmente por sus profesores e investigadores, a mi desarrollo: Universidad de Bolonia, Universidad de Módena e Reggio Emilia, Universidad de Perugia, Universidad de Camerino, Universidad de la República de Uruguay, Universidad de Messina, Universidad de Oxford, Universidad de Barcelona, etc.

A mis acreedores con privilegio general, quienes tienen un lugar particularmente importante en esta lista por haber significado un apoyo constante, académico y emocional, y por su disponibilidad cuando que ha sido necesaria. A Fernando Pérez-Serrabona por ser un modelo de inteligencia y sencillez, por construir siempre, por demostrar el poderoso valor de una palabra amable. A Antonio Leo De Petris, per tutto, per non lasciarme un attimo da solo, perché lui è uguale a un fratello ma scelto da me, per darmi una famiglia (i De Petris-Matassa) quando la mia era lontana.

A mis acreedores ordinarios, cuya mejor satisfacción es lo único que justificaría este proceso que dura ya algunos años. A mis amigos, esperando poder dedicarles en el futuro la atención que merecen: Pilar Jiménez Magro, Gregorio Gálvez, Antonio Faba, Adrián Moreno Alonso, José Enrique Arriola, Javier Casal de Rojas, Fernando Corpas, Eduardo Gómez Llanos, Antonio Luque Brea y José Francisco Pardo.

A mi acreedora subordinada, titular de mi mayor deuda, que por desgracia siempre ve postergados sus muchos créditos. Del mismo modo que el legislador concursal, yo cometo incoherencias, y seguro que la mayor de todas es ponerla casi siempre en último lugar. Con la expectativa de verla pronto en esta situación, aunque con cierta rabia por el modo a veces sádico que tiene la vida de tratar a la gente con talento: a Aixa.

Granada, a 24 de agosto de 2016, día de San Bartolomé

