

La nueva Ley Concursal en España

BELÉN VELEIRO REBOREDO*

El Congreso de los Diputados está debatiendo en estos momentos el proyecto de Ley Concursal y el proyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal, por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en ambos proyectos se pretende reformar en profundidad el derecho concursal español, basado actualmente en una regulación arcaica, dispersa y carente de sistemático. El presente artículo intenta establecer un seguimiento acorde con el texto del proyecto de Ley Concursal de forma que permita un análisis de lo que pretende recoger la propuesta

Palabras clave: derecho concursal, quiebra, legislación, Código Penal.

Clasificación JEL: K20.

1. Introducción

El pasado día 23 de julio de 2002 tenía entrada en el Congreso de los Diputados, para su debate, el proyecto de Ley concursal, acompañado del proyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal, por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Con ambos proyectos se pretende reformar en profundidad el derecho concursal español, basado actualmente en una legislación arcaica, dispersa y carente de sistemática. Efectivamente, nuestra legislación concursal deriva de la codificación del siglo XIX, caracterizada por la multiplicidad de Códigos, ocasionando sistemas y procedimientos concursales diversos que, con el transcurso del tiempo, han dado lugar a reformas parciales en nuestro derecho concursal.

La multiplicidad y dispersión normativa, ha derivado en una necesidad imperiosa de reformar

nuestro sistema de insolvencias y, en especial, de las crisis empresariales. Como prueba de esta dispersión normativa, el proyecto de Ley Concursal deroga diecisiete leyes y modifica unas treinta disposiciones normativas en sus disposiciones finales, aunque finalmente, con su aprobación, se conseguirá el objetivo de armonizar y dar nuevo contenido al derecho español en esta materia.

Sin embargo, el acometer una reforma de este calado no ha sido tarea fácil. Prueba de ello son los numerosos intentos que se han llevado a cabo. Sólo la Comisión General de Codificación adscrita al Ministerio de Justicia elaboró cuatro anteproyectos (1), de los cuales su último trabajo iniciado por Orden de 23 de diciembre de 1996 y cuyos trabajos concluyeron en mayo de

(1) Según la Exposición de Motivos del proyecto de Ley Concursal, la Comisión General de Codificación elaboró cuatro textos. El primero en virtud de Real Orden de 10 de junio de 1926; el segundo elaborado por mandato de Orden de 17 de mayo de 1978; el tercero sobre los criterios comunicados por el Ministerio de Justicia e Interior el 23 de junio de 1994 y, el último, en virtud de Orden del Ministerio de Justicia de 23 de diciembre de 1996. A ellos, se añade el Anteproyecto elaborado por la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos concluido en 1959.

* Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España. Directora del Departamento Jurídico.



COLABORACIONES

2000, son los que han dado fruto para su debate en las Cortes Generales. Incluso llegaron a tiempo para cumplir con el mandato impuesto al Gobierno por la Disposición final decimonovena de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (2).

De igual manera, en el debate que está teniendo lugar en el Cortes Generales, inicialmente en el Congreso de los Diputados, se manifiesta una clara intención por conocer la opinión de los agentes sociales e instituciones más directamente implicadas en la reforma, dando lugar a una detenida reflexión de los diferentes Grupos Parlamentarios sobre la mejor forma de llevar a cabo la reforma de nuestro sistema concursal (3).

Es, sin duda, una iniciativa importante que, no sólo dará nuevo contenido a nuestro Derecho, sino que afectará igualmente y de forma importante al crecimiento económico, dando seguridad y confianza a las empresas y agilidad en las situaciones de crisis empresarial. Uno de los aspectos más importantes de la reforma es la intención de mantener la actividad empresarial, propiciando medidas que puedan alcanzar su saneamiento, y evitando las situaciones de destrucción o cierre empresarial gravosas para el entorno económico.



COLABORACIONES

(2) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disposición final decimonovena: «En el plazo de seis meses a contar desde la fecha de entrada en vigor de ésta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley Concursal». La Ley 1/2000, entró en vigor el 8 de enero de 2001.

(3) Desde la entrada en el Congreso de los Diputados del proyecto de Ley hasta la presentación por los Grupos Parlamentarios de las correspondientes enmiendas, han transcurrido cinco meses.

El 17 de octubre de 2002, tenía lugar el debate a la totalidad de los proyectos de Ley Concursal y de Ley Orgánica para la reforma concursal, por el que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El 29 de octubre de 2002, se publicaba en el Boletín del Congreso la comparecencia de personalidades al objeto de informar sobre los citados proyectos de Ley que había tenido lugar en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, bajo la presidencia del Excelentísimo Señor Don José Manuel Romay Beccaría.

Las enmiendas presentadas por los diferentes Grupos Parlamentarios se publicaban en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados del 29 de noviembre y 2 de diciembre.

Al redactarse este artículo, está pendiente en el Congreso el informe de la Ponencia.

2. La oportunidad de la reforma

Son muchas las razones que confluyen para defender que resulta absolutamente necesario en estos momentos acometer una reforma del Derecho concursal en España. Desde la multiplicidad, dispersión y arcaísmo de nuestra normativa, la necesaria adecuación y armonización con el Derecho europeo, hasta la situación social y económica de nuestro país, aconsejaban una propuesta de esta magnitud.

El correcto funcionamiento del mercado interior exige que los procedimientos de insolvencia se desarrollen de forma eficaz y efectiva, especialmente los transfronterizos. Así, en el ámbito europeo, afectan en gran medida a las situaciones de crisis empresarial, el Reglamento del Consejo N° 1346/2000, de 29 de mayo (4), sobre procedimientos de insolvencia que entró en vigor el pasado 31 de mayo de 2002 y la Directiva Comunitaria 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio (5), por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Aún cuando la mayoría de los países de nuestro entorno europeo todavía tienen una legislación antigua y dispersa en materia de insolvencias empresariales, la tendencia actual resulta ser la de su adecuación. Especialmente y en cualquier caso, deberán acometer las reformas necesarias para adaptarse al contenido del Reglamento del Consejo N° 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia.

Entre las legislaciones europeas más modernas se encuentran la alemana, portuguesa, belga y francesa (6). El común denominador de todas ellas es la unificación de disposiciones normativas y procedimientos dispersos, así como el interés en la recuperación y mantenimiento de la empresa.

(4) D.O. de las Comunidades Europeas, L 160/1, de 30 de junio de 2000.

(5) D.O. de las Comunidades Europeas, L 200/35, de 8 de agosto de 2000.

(6) En Italia, actualmente está en tramitación en el Parlamento Italiano (Comisión de Justicia, expediente número 1243) un proyecto de Ley (Disegno di legge. Modifiche urgenti al regio decreto 16 de marzo de 1942, número 267, recante disciplina del fallimento) aprobado por el Consejo de Ministros de 1 de marzo de 2002 y que modificará la legislación actual en esta materia (Real Decreto de 16 de marzo de 1942).

En Alemania, el derecho concursal, inicialmente muy disperso, se ha reunificado en un único cuerpo legislativo con la Ley de Insolvencia de 5 de octubre de 1994 (7) que persigue fundamentalmente el mantenimiento de la empresa. En el mismo sentido, la legislación concursal belga comprende dos procedimientos principales; por un lado, la quiebra regulada por la Ley de 8 de agosto de 1997 (8) y, por otro, el arreglo judicial, cuya regulación se contiene en la Ley del «Concordat» Judicial de 17 de julio de 1997 (9).

Por lo que respecta al derecho concursal portugués, éste ha sido objeto de una reforma global operada por el Decreto Ley 132/1993, de 23 de abril (10), con la que se perseguía básicamente un tratamiento unitario de los diferentes institutos concursales; de tal manera que se configuran como procedimientos independientes, por un lado, la quiebra, como instituto liquidativo y, por otro, el procedimiento de recuperación de la empresa, como instituto conservativo.

Las disposiciones legales más importantes en el derecho concursal francés, son la Ley número 84-148, de 1 de marzo de 1984 (11), «relative à la prevention et au règlement amiable des difficultés des entreprises» y la Ley número 85-98, de 25 de enero de 1985, «relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises». La primera de ellas, dirige su contenido a facilitar a la persona que organiza la empresa el conocimiento de las dificultades por las que puede atravesar y la adopción de medidas que palién su agravamiento. El procedimiento previsto en la Ley de 1985 se aplica a los comerciantes, artesanos y personas jurídicas de derecho privado y el presupuesto de la apertura del procedimiento es la cesación en los pagos por la imposibilidad de hacer frente al pasivo.

(7) BGBl I 1994, 2866. Última modificación efectuada el 13 de diciembre de 2001.

(8) M.B. 28 de octubre de 1997.

(9) M.B. 28 de octubre de 1997.

(10) Decreto Ley número 132/1993, de 23 de abril. Aprovecha o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência. *Diário da República* número 95/93, Serie I-A, página 1976. Modificada recientemente por el Decreto Ley número 315/1998, de 20 de octubre (*Diário da República* número 242/98, Serie I-A, página 5412).

(11) *Journal Officiel* de 2 de marzo, páginas 751 y siguientes. Última reforma parcial operada el 18 de septiembre de 2000.

Con independencia de que exista una tendencia a la homogeneización en los derechos económicos de nuestro entorno, resulta cierto que en nuestro país el acometer esta reforma hacía tiempo que se venía demandando. Prueba de ello, la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la que se establecía un mandato al Gobierno y, el Pacto de Estado para la Justicia, firmado el 28 de mayo de 2001, finalmente recogía como compromiso que «se promulgará una nueva Ley Concursal que modernice los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos».

Y, ello, desde mi punto de vista, porque social y económicamente era el momento. También esta circunstancia se refleja en el debate parlamentario inicial al proyecto de Ley Concursal (12) y, así los diferentes Grupos Parlamentarios manifestaron igualmente la oportunidad de acometer la reforma concursal (13).

En un momento en que el número de suspensiones de pagos y quiebras empresariales tiene una tendencia descendente, resulta ser idóneo para acometer reformas ausentes de injerencias y que permitan un debate sosegado de las modificaciones que deben introducirse en el sistema.

Como puede observarse de los resultados estadísticos, aunque muy recientemente pueda manifestarse un cierto repunte en el número de quiebras y suspensiones de pagos, los datos indican una inclinación a la baja en los últimos cinco años. Además, debe tenerse en cuenta que el número de empresas afectadas por una quiebra o suspensión de pagos resulta ser muy inferior al total de empresas activas.

3. El proyecto de Ley Concursal

Como se apuntaba inicialmente, en estos momentos el Congreso de los Diputados (14) está

(12) *Boletín del Congreso de los Diputados* de 17 de octubre de 2002. Debate a la totalidad de los proyectos de Ley Concursal y proyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal.

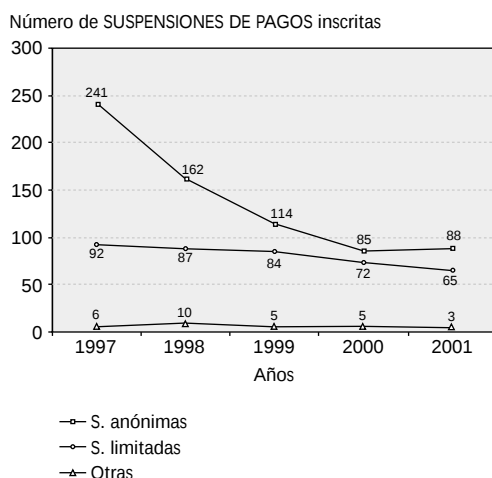
(13) Especialmente, el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, manifestaba la oportunidad de acometer esta reforma por la situación económica: «Una ley concursal que va a regular las suspensiones de pago y las quiebras tiene un sosiego en su debate parlamentario si la situación económica está sosegada».

(14) Presentadas en el Congreso de los Diputados las enmiendas a ambos proyectos, en estos momentos se está pendiente del informe de la ponencia.



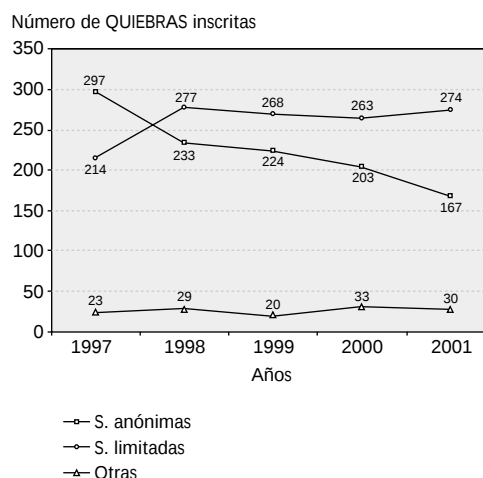
COLABORACIONES

GRAFICO 1
EVOLUCION DEL NUMERO DE SUSPENSIONES
DE PAGOS INSCRITAS POR TIPO DE SOCIEDAD
(Año 1997-2001)



Fuente: «Estadística Societaria 2001», Registro Mercantil Central.

GRAFICO 2
EVOLUCION DEL NUMERO DE QUIEBRAS INSCRITAS
POR TIPO DE SOCIEDAD
(Año 1997-2001)



Fuente: «Estadística Societaria 2001», Registro Mercantil Central.

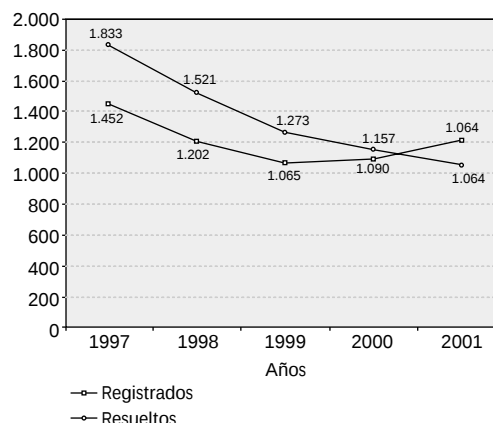
debatiendo el proyecto de Ley Concursal y el proyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal, por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Aunque es posible que el texto varíe durante su tramitación parlamentaria en el Congreso y en el Senado, no se esperan modificaciones sustanciales en el procedimiento y sistema presentado por el Gobierno a las Cortes Generales. En cualquier caso, las enmiendas presentadas por los diferentes Grupos Parlamentarios, dan un indicio de las posiciones adoptadas por cada uno de ellos y de las posibles modificaciones que se incluyan en el texto final.

Con carácter general, el proyecto de Ley Concursal que en estos momentos se está debatiendo ha sido valorado positivamente, en especial son dignos de resaltar los siguientes aspectos del mismo:

- La elaboración de un texto legal único que recogerá todas las situaciones de crisis empresarial dando lugar a una seguridad jurídica de la que se carecía hasta el momento, por lo arcaico y disperso de su regulación actual.
- La creación de una jurisdicción especializada, los Juzgados de lo Mercantil, que conocerán de todos los aspectos relacionados, entre otros, con las situaciones de insolvencia.
- La flexibilidad, simplicidad y carácter unitario del procedimiento que se manifiesta en aspectos como los siguientes:

GRAFICO 3
EVOLUCION DEL NUMERO DE PROCEDIMIENTOS
DE QUIEBRA Y SUSPENSION DE PAGOS REGISTRADOS
Y RESUELTOS POR JUZGADOS DE 1ª INSTANCIA
E INSTRUCCION Y JUZGADOS DE 1ª INSTANCIA



Fuente: Consejo General del Poder Judicial.

— La superación del distinto régimen jurídico aplicable a las situaciones de insolvencia entre comerciante y no comerciante.

— El establecimiento de un proceso concursal único, distinguiendo entre concurso necesario o voluntario, según quién inste el concurso.

— La regulación de una fase común del concurso que puede desembocar en otra de convenio o liquidación.

— La regulación de los órganos del concurso.

— El establecimiento de un procedimiento abreviado para concursos de menor entidad.



COLABORACIONES

CUADRO 1
NUMERO TOTAL DE EMPRESAS ACTIVAS (*) POR CONDICION JURIDICA

	1997	1998	1999	2000	2001
Total	2.438.830	2.474.690	2.518.801	2.595.392	2.645.317
Personas físicas	1.664.071	1.659.810	1.647.699	1.662.679	1.651.265
Sociedades Anónimas	139.369	135.669	133.410	131.079	129.349
Sociedades de Responsabilidad Limitada	468.127	509.072	559.483	612.374	667.441
Otras formas jurídicas.....	167.263	170.139	178.209	189.260	197.262

(*) Empresas activas: incluye las permanencias y altas en el año correspondiente.
Fuente: INE. Instituto Nacional de Estadística.

- La búsqueda de la continuidad de la empresa.
- La regulación de las causas de conclusión del concurso.

A todos estos aspectos nos referiremos a continuación, intentando establecer un seguimiento también acorde con el texto del proyecto de Ley Concursal, de forma que permita un análisis, aun cuando no exhaustivo, de lo que pretende recoger la propuesta.

Primero: el principio de unidad legal

La regulación en un solo texto legal de prácticamente todos los aspectos sustantivos, materiales y procesales de las situaciones de crisis empresarial, salvo aquellas materias que requieren Ley Orgánica, supone ya un avance importante, dada la dispersión y antigüedad de las disposiciones normativas que afectan aun, en estos momentos, a las situaciones de insolvencia empresarial.

De la trascendencia de ésta reforma da idea los datos de las disposiciones normativas que se modifican o derogan. Como se mencionaba antes, el proyecto de Ley Concursal deroga diecisiete leyes y modifica unas treinta disposiciones normativas en sus disposiciones finales, que armonizará y dará nuevo contenido al derecho español en esta materia.

La legislación española sobre esta materia data de nuestros Códigos de Comercio de 1829 y 1885, afectando, con posterioridad, a un numeroso elenco de disposiciones normativas con rango de Ley. Así, además del Código de Comercio (15) o del Código Civil (16), la reforma afectará a

leyes tan importantes como la Ley de Enjuiciamiento Civil (17), la Ley de Suspensión de Pagos (18), las reguladoras de sociedades anónimas (19), limitadas (20) o cooperativas (21), legislación hipotecaria (22), contratación administrativa, mercado de valores, entre otras (23) y, a sectores de actividad como seguros (24), trans-

(17) Deroga el artículo 568 de la LEC. Modifica los artículos 7, 17, 98 de la LEC.

(18) Deroga la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1929; la letra L) de la base 5ª del artículo 1 de la Ley de 2 de marzo de 1917, sobre suspensión de pagos o quiebra de las entidades deudoras del Estado y del Banco de Crédito Industrial para la protección y fomento de la producción nacional.

(19) Deroga el artículo 281 y modifica los artículos 124 y 260 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

(20) Deroga el artículo 124 y modifica los artículos 58, 104 y 128 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

(21) Deroga el apartado 7 del artículo 73 y la Disposición adicional 4ª, modifica el artículo 41 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

(22) Deroga el artículo 51 y modifica los artículos 31 y 32 de la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval. Modifica el art. 127 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946. Modifica los arts. 10,66, 85,93 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954. Modifica el art. 14 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario.

(23) Entre otras disposiciones, se deroga el artículo 54 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Se modifican igualmente el artículo 39 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre; los artículos 71, 72 y 129 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria; los artículos 45 y 46 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre; los artículos 20, 111 y 112 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores; el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, de Procedimiento Laboral; el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, General de la Seguridad Social; etcétera.

(24) Deroga el apartado 3 del artículo 31 y modifica los artículos 15, 28, 31, 35, 37 y 38 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados. Modifica el artículo 37 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.



COLABORACIONES

(15) Deroga el Libro IV del Código de Comercio de 1829; y los artículos 1912 a 1920 y los artículos 376 y 870 a 941 del Código de Comercio. Modifica los artículos 13.2; 221, causa 3ª; 222, causa 3ª; 227; 274.2; 580.

(16) Deroga los artículos 1912 a 1920 y las letras a) y g) del apartado 2 del artículo 1924. Modifica el artículo 1921 del Cc.

porte por ferrocarril (25), marítimo o aéreo (26), financiero (27), etcétera.

Segundo: los Juzgados de lo Mercantil

Con el proyecto de Ley Concursal, se tramita en las Cortes Generales, en paralelo, el Proyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por requerir rango de Ley Orgánica reformas que afectan a derechos fundamentales del deudor como la restricción del secreto de las comunicaciones y libertad de residencia y circulación, la creación de los Juzgados de lo Mercantil o del Tribunal de Marcas Comunitarias con jurisdicción en todo el territorio.

El proyecto de Ley crea una jurisdicción especializada, los Juzgados de lo Mercantil, que van a conocer de aquellas cuestiones que afecten a la actividad mercantil y, en particular, de los aspectos relacionados con las situaciones de insolvencia empresarial.

La creación de éstos nuevos juzgados deriva igualmente del Pacto de Estado para la reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001, desarrollado en su punto cuarto, según el cual existía el compromiso de avanzar en el diseño de juzgados especializados en materia mercantil.

Los Juzgados de lo Mercantil conocerán de aquellas situaciones que se susciten en materia concursal, así como de aquellas otras disciplinas que hasta el momento estaban asignadas a otros órganos jurisdiccionales.

Así, según el proyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de las cuestiones que se susciten en materia concursal, lo que incluye, con jurisdicción exclusiva y excluyente:

a) El conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado salvo las que se ejerciten en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (28).

b) El conocimiento de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensiones colectivas de contratos de trabajo, cuando sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.

c) La ejecución frente al concursado.

d) Las medidas cautelares que afecten al concursado.

Los Juzgados de lo Mercantil conocerán también de disciplinas que hasta el momento estaban asignadas a otros órganos jurisdiccionales. Entre ellas, conocerán de las acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, las cuestiones relativas a sociedades mercantiles y cooperativas, Derecho Marítimo y transportes y condiciones generales de contratación.

La atribución de estas materias exigirá una especialización y formación profunda de los nuevos jueces de lo mercantil. En especial, esto podrá comprobarse a medida que nos adentremos en el procedimiento concursal previsto en el proyecto, que atribuye al Juez amplias facultades.

De la formación de los jueces que integren los Juzgados de lo Mercantil, se encargará el Consejo General del Poder Judicial que, a su vez, exigirá la superación de pruebas selectivas que se consideren idóneas para obtener la plaza.

En un plazo mínimo de un año desde que se publique el texto de la Ley Orgánica en el Boletín Oficial del Estado, está previsto que los Juzgados de lo Mercantil se creen en cada provincia, pudiendo existir uno o varios en cada una de ellas, aunque también podrán crearse Juzgados de lo Mercantil cuya jurisdicción abarque dos o más provincias, o que la misma no se extienda a toda la provincia, pudiendo tener su sede fuera de la capital.

Serán las Audiencias Provinciales las que conocerán de los recursos contra las resoluciones

(25) Deroga el capítulo II de la Ley de 21 de abril de 1949.

(26) Modifica el artículo 133 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea.

(27) Modifica la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque; la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital Riesgo y de sus Sociedades Gestoras.

(28) Título I, Libro IV, LECiv.



COLABORACIONES

dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil.

El conocimiento por los Juzgados de lo Mercantil tanto de los aspectos que se refieran a la materia concursal como a otras disciplinas mercantiles, unido a la formación y especialización que obtendrán, es de esperar que provoque una unidad interpretativa y agilidad en el procedimiento del que hasta este momento se carecía.

Igualmente la reforma aprovecha para crear, con sede en Alicante, los Juzgados de Marca Comunitaria que, con jurisdicción en todo el territorio nacional, conocerán de los litigios que se susciten sobre marcas comunitarias (29).

Tercero: la flexibilidad, simplicidad y carácter unitario del procedimiento

El proyecto de Ley Concursal se caracteriza, en comparación con el procedimiento que pretende reformarse, por su simplicidad, contemplando incluso la existencia de un procedimiento abreviado para determinadas insolvencias; por su flexibilidad y unicidad, que se manifiesta especialmente por la superación del distinto régimen legal aplicable al comerciante o no comerciante, sustituyendo al sistema que diferenciaba entre quiebra, concurso y suspensión de pagos y, estableciendo un procedimiento común hasta desembocar en el convenio o la liquidación.

Con el proyecto de Ley se supera el distinto régimen jurídico que se aplicaba a las situaciones de insolvencia, según que el deudor sea comerciante o no. Así, su texto expresa claramente que la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica (30).

A) La fase común del procedimiento:

A.1) Inicio del procedimiento: la declaración del concurso

La declaración de concurso procede en el caso de insolvencia del deudor, encontrándose en tal

estado, aquél que no puede cumplir con sus obligaciones (31).

El concurso puede ser voluntario o necesario, según que sea instado por el propio deudor o los acreedores (32). Si la solicitud de la declaración del concurso la solicita el deudor, ello implica el reconocimiento de su estado de insolvencia que puede ser actual o inminente (33), debiendo presentar el deudor la solicitud dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, presumiendo que éste conoce su estado de insolvencia cuando haya incumplido de forma generalizada y en unos plazos determinados, sus obligaciones tributarias, de seguridad social, salariales, arrendaticias o financieras (34).

Los acreedores del deudor legitimados para solicitar la declaración de concurso, han de basarse en alguno de los hechos que se determinan como posibles reveladores del estado de insolvencia, entre otros, el sobreseimiento general de pago o la ejecución infructuosa (35).

El solicitante de la declaración de concurso necesario, es decir, el acreedor legitimado, deberá probar los hechos en que se fundamente dicha solicitud y, al deudor, se le deberá dar traslado de la misma para que comparezca y pueda formular oposición (36).

La unidad y flexibilidad del procedimiento se reflejan en su estructura que comienza con una fase común a todos los procesos de insolvencia que se inicia con la declaración de concurso, sea este instado por el deudor o por el acreedor, y concluye con la presentación por la administración judicial del informe sobre la situación financiera y patrimonial del deudor y transcurrido el plazo de impugnaciones o resueltas las que se formularon contra el inventario o contra la lista de



COLABORACIONES

(29) Reglamento número 40/94 del Consejo de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria.

(30) Artículo 1.1, del proyecto de Ley Concursal.

(31) Artículos 2.1 y 2, del proyecto de Ley Concursal.

(32) Artículo 3, del proyecto de Ley Concursal.

(33) Artículo 2.3, del proyecto de Ley Concursal. Algunos Grupos Parlamentarios han propuesto que la insolvencia, aunque sea actual e inminente, debería estar suficientemente acreditada. La preocupación general es la definición del estado de insolvencia.

(34) Artículo 4, en relación con el artículo 2.4.5º, de la Ley Concursal.

(35) Artículo 2, del proyecto de Ley Concursal.

(36) Artículo 14, del proyecto de Ley Concursal.

acreedores. Es decir, cuando se conoce de modo exacto el estado patrimonial del deudor.

Con la declaración de concurso comienza la fase inicial y común del concurso a la que deberá darse la debida publicidad por medio de edictos publicados en el *Boletín Oficial del Estado* y en un diario de gran circulación en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, así como, en su caso, donde radique su domicilio y, por medio de las correspondientes inscripciones en los Registros públicos (37).

A.2) La estructura orgánica del concurso: el juez y la administración judicial

Declarado el concurso, se procede al nombramiento de la administración judicial (38). La regulación de los órganos del concurso se caracteriza por las amplias facultades otorgadas al juez del concurso y por la configuración de la administración judicial basada en la especialización de sus integrantes que actuarán con carácter colegiado y sus actuaciones serán retribuidas por medio de arancel.

La creación de la jurisdicción especializada, los Juzgados de lo Mercantil, que conocerán de todos los aspectos de la declaración de concurso, hace que se le atribuyan al juez del concurso amplias facultades, encaminándose su actuación a su consideración como coordinador o eje de todo el procedimiento. Así, el juez puede adoptar medidas cautelares antes de nombrar a la administración judicial (39), se le permite también el nombramiento, separación y régimen de funcionamiento de los administradores judiciales, posibilidad de modular o cambiar los efectos del concurso sobre el deudor (40), acordar el cierre de todo o parte de las oficinas o establecimientos del deudor (41), la aprobación del plan de liquidación, entre otras.

La administración judicial (42) se concibe como un órgano colegiado que combina la profesionalidad jurídica y económica de sus integrantes, con la posición de un acreedor ordinario. Con carácter general (43), la administración judicial está integrada por un abogado, un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil, ambos con una experiencia profesional de al menos diez años de ejercicio efectivo, y un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general que no esté garantizado. Además, la administración judicial puede solicitar del juez, cuando la complejidad del concurso así lo exija, delegar determinadas funciones en los auxiliares que se propongan.

A.3) Efectos de la declaración de concurso

La declaración del concurso produce efectos sobre el deudor y los acreedores. Los efectos sobre el deudor (44) están marcados por una clara intención de mantener la empresa con su actividad habitual.

Así y sin perjuicio de las facultades otorgadas al juez del concurso, cuando el procedimiento es instado por el propio deudor (concurso voluntario), éste generalmente podrá conservar las facultades de administración y disposición de su patrimonio, quedando sometido a la autorización o conformidad de los administradores judiciales; sin embargo, si el concurso es instado por los acreedores legitimados (concurso necesario), se suspenderá el ejercicio de esas facultades, siendo sustituido por la administración judicial.

El juez, sin embargo, podrá acordar la suspensión de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio en el caso de concurso voluntario, o bien, acordar la mera intervención



COLABORACIONES

(37) Artículos 22 y 23, proyecto de Ley Concursal. Como enmienda en el Congreso, se ha propuesto la introducción de medios telemáticos e informáticos en la publicaciones, notificaciones y trámites. Igualmente se ha propuesto que las publicaciones sean gratuitas.

(38) En el Congreso se ha propuesto como enmienda el cambio de denominación de la «administración judicial» (ejemplo, Que pase a denominarse «administración concursal» o «sindicatura»).

(39) Artículo 16, proyecto de Ley Concursal.

(40) Artículo 39, proyecto de Ley Concursal.

(41) Artículo 43.4, proyecto de Ley Concursal

(42) Artículos 25 y siguientes, proyecto de Ley Concursal.

(43) El artículo 26.2 del proyecto de Ley Concursal, exceptuona la composición general de la administración judicial, en el procedimiento abreviado, en cuyo caso estará integrada por un único miembro (abogado, economista, auditor de cuentas o titulado mercantil con experiencia profesional de al menos diez años de ejercicio activo) o bien, en los casos de concurso de entidades emisoras de valores, de crédito, aseguradoras, etcétera, en cuyo caso participarán representantes de Administraciones tutelantes, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Fondo de Garantía de Depósitos o el Consorcio de Compensación de Seguros.

(44) Artículos 39 y siguientes, proyecto de Ley Concursal.

cuando se trate de concurso necesario, así como el cambio de las situaciones de suspensión o intervención.

Igualmente, con la declaración de concurso no se produce la interrupción del ejercicio de la actividad que viniese realizando el deudor, sino que se mantiene la continuidad de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo. El deudor, hasta la aceptación del cargo por los administradores judiciales, puede seguir realizando los actos propios de giro o tráfico de la empresa que resulten imprescindibles para que la actividad empresarial o profesional continúe.

Aún en el caso de que se hubiera acordado la intervención, la administración judicial puede determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de la empresa que pueda realizar el deudor, por razón de su naturaleza o cuantía, mediante una autorización general y, en el caso de suspensión de las facultades de administración y disposición, corresponde a la administración judicial adoptar las medidas necesarias para que la actividad, profesional o empresarial, continúe de forma habitual.

Durante la tramitación del concurso, se mantienen igualmente los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición, salvo que a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación se declare el cese de los administradores o liquidadores. Los administradores judiciales pueden ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores, auditores y liquidadores de la sociedad, sin necesidad de previo acuerdo de la Junta o asamblea de socios. El efecto más severo que se establece es el embargo de los bienes y derechos de los administradores o liquidadores, que el juez puede acordar cuando exista fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.

Sobre, los acreedores, la declaración de concurso tiene lógicamente sus efectos (45). Así, declarado el concurso, todos los acreedores del

deudor quedarán integrados en la masa pasiva del concurso.

Se prevé igualmente, dentro de los efectos del concurso y, en particular, respecto de los acreedores, la paralización de las acciones individuales de éstos contra el patrimonio del concursado, con excepción de las acciones declarativas en el orden civil y social que estén en tramitación, que continuarán hasta la firmeza de la sentencia y, las del orden contencioso-administrativo o penal, que continuarán aún iniciada su tramitación con posterioridad.

Las acciones ejecutivas, incluidos los apremios administrativos o tributarios, quedan en suspenso si están en tramitación, salvo las providencias de apremio acordadas con anterioridad a la declaración del concurso, las cuales no podrán iniciarse una vez declarado el mismo.

Los acreedores con garantía real no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe el convenio o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación.

La declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos (46) con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, sin que sean admisibles las cláusulas contractuales que establezcan la resolución o extinción del contrato en caso de declaración del concurso.

Por lo que respecta a las acciones de reintegración, declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, estableciendo el texto del proyecto de Ley una serie de presunciones de perjuicio patrimonial. Está inicialmente legitimada para el ejercicio de las acciones rescisorias la administración judicial y, en el caso de que ésta no la ejercitara en plazo, corresponderá a los acreedores que la hayan instado debidamente fundamentada.

Como se comentaba anteriormente la fase común del procedimiento concursal se inicia con la declaración de concurso y finaliza una vez pre-



COLABORACIONES

(45) Artículos 48 y siguientes, proyecto de Ley Concursal.

(46) Artículos 60 y siguientes, proyecto de Ley Concursal.

sentado el informe por la administración judicial y transcurrido el plazo de posibles impugnaciones o resueltas las planteadas contra el inventario o contra la lista de acreedores. Llegados a éste punto, se conoce el estado patrimonial del deudor con la determinación de la masa activa y pasiva del concurso (47).

A.4) La clasificación de los créditos

El proyecto de Ley Concursal parte del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, sin perjuicio de lo cual se establecen algunos supuestos de créditos privilegiados. Los créditos se clasifican en privilegiados, ordinarios y subordinados (48).

Los créditos privilegiados, que se pagan con prioridad a los ordinarios, se clasifican, 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.

Son créditos con privilegio especial los hipotecarios, anticréticos, refaccionarios, prendarios, los derivados de contrato de arrendamiento financiero o de venta a plazos con pacto de reserva de dominio y los de garantía de valores representados por anotaciones en cuenta.

Los créditos con privilegio general son, entre otros, los laborales, los tributarios y de la Seguridad Social, con el límite de hasta el 50 por 100 del importe de la masa pasiva (49).

Los créditos ordinarios son los que sólo se satisfacen con cargo a los bienes o derechos de la masa activa que queden una vez satisfechos los créditos de la masa y los privilegiados.

Los créditos subordinados son aquellos que quedan postergados tras los ordinarios y sólo se satisfacen en caso de liquidación después de

haber quedado pagados los ordinarios. Entre estos se encuentran los créditos comunicados tardíamente, los que tengan ese carácter por pacto contractual, los créditos por intereses (salvo los garantizados con prenda o hipoteca), las multas y sanciones pecuniarias, los créditos a favor de personas, físicas o jurídicas, especialmente relacionadas con el deudor.

B) El convenio y la liquidación

Finalizada la fase común del concurso, se inicia la fase de convenio o liquidación (50). Ambas están previstas en el proyecto de Ley como las soluciones al concurso y, más específicamente como la solución normal al mismo, se prevé el convenio, como mecanismo de voluntad para concluir satisfactoriamente las situaciones de crisis empresarial.

Entre las medidas para facilitar el convenio se prevé la propuesta anticipada de convenio, que podrá presentar el deudor en su solicitud de concurso voluntario o, incluso, cuando se trate de concurso necesario, pero siempre antes de que expire el plazo para comunicar los créditos. La propuesta anticipada de convenio deberá ir acompañada de la adhesión de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor, aunque, en caso de que no cuente con las adhesiones suficientes, podrá presentarse a la aprobación de la Junta de acreedores.

Toda propuesta de convenio deberá consistir en proposiciones de quita y espera o ambas, pero las primeras no podrán exceder de la mitad del importe de cada crédito ordinario, ni las segundas podrán ser de más de cinco años desde la aprobación del convenio, salvo que, dentro de las facultades que se conceden al juez del concurso, éste pueda autorizar la superación de dichos límites en circunstancias especiales.

Con la finalidad de buscar la continuidad de la empresa, la propuesta de convenio, además de ir acompañada de un plan de pagos, deberá contener un plan de viabilidad.

Aprobado judicialmente el convenio éste adquiere plena eficacia, cesando los efectos de la



COLABORACIONES

(47) Artículos 73 y siguientes, proyecto de Ley Concursal.

(48) Artículos 88 y siguientes, 153 y siguientes, proyecto de Ley Concursal.

(49) Algunos Grupos Parlamentarios han solicitado que se incluya entre los créditos con privilegio general, los créditos de los proveedores habituales del concursado. También se ha propuesto que se mate el límite de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, que gocen de privilegio general, de, conjuntamente hasta el 50 por 100 del importe de la masa pasiva, puesto que tal como está la redacción actual del texto podrían llegar hasta el 100 por 100.

(50) Artículos 97 y siguientes, proyecto de Ley Concursal.

declaración del concurso que se sustituyen por los que se establezcan en el propio convenio. Sin embargo, la aprobación judicial del convenio no produce la conclusión del concurso, éste sólo acaba con el cumplimiento íntegro del convenio, del cual deberá dar cuenta el deudor.

Como alternativa al convenio, el deudor puede pedir la liquidación y, debe solicitarla necesariamente cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas. En éste último caso, si no lo solicita el deudor, podrá hacerlo cualquier acreedor. También se contempla la apertura de oficio de la fase de liquidación en determinados supuestos.

Ya solicite la liquidación el deudor o los acreedores, la liquidación se configura con carácter subsidiario al convenio, operando cuando el mismo no ha sido posible o resulta incumplido en los términos acordados.

Los efectos de la liquidación son más severos, dado que el concursado queda sometido a la situación de suspensión en el ejercicio de las facultades de administración y disposición de su patrimonio, sustituyéndole la administración judicial; si fuese persona natural, pierde el derecho a alimentos con cargo a los bienes de la masa y, si es persona jurídica, se declara su disolución y el cese de los administradores y liquidadores; se produce el vencimiento anticipado de los créditos aplazados y la conversión en dinero de los que consistan en otras prestaciones.

La administración judicial debe presentar un plan de liquidación que se aplicará en caso de acuerdo, en caso contrario, se realizarán los bienes y derechos de la masa activa del concurso en la forma dispuesta en el texto de proyecto de Ley.

El texto procura, una vez más, mantener la continuidad de la empresa, de tal manera que en la fase de liquidación se da preferencia a la enajenación de la misma como un todo (51).

Igualmente, se prevé que el concurso y, especialmente la liquidación, no se demore excesiva-

mente en el tiempo, por lo que obliga a la administración judicial a informar trimestralmente de su estado y señala un plazo de un año para su conclusión, transcurrido el cual se procede a la separación de los administradores judiciales y la pérdida de su derecho a retribución.

Si bien ya el procedimiento general contemplado en el texto del proyecto de Ley Concursal se caracteriza por su unidad, flexibilidad, rapidez y simplicidad, se contempla, a mayor abundamiento, la posibilidad de que el juez aplique un procedimiento abreviado (52), en los casos en los que el deudor sea una persona natural que no haya ejercido en los dos últimos años una actividad profesional o mercantil (53), o se trate de una persona jurídica que esté autorizada a presentar balance abreviado (54) y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no supere los trescientos mil euros.

En este procedimiento abreviado, los plazos se reducen a la mitad y la administración judicial estará integrada por un único miembro, lo que abaratará costes y reducirá tiempos en la tramitación.

C) La calificación del concurso y su conclusión

El texto del proyecto de Ley parte del criterio general de la calificación (55) del concurso como culpable, estableciendo los supuestos que determinan esa calificación. La sentencia que califique el concurso como culpable, determinará las personas afectadas y, en su caso, las declaradas cómplices, impondrá a estos la inhabilitación para administrar



COLABORACIONES

(51) En las enmiendas presentadas al Congreso, se ha propuesto por algún Grupo Parlamentario que la propuesta de la empresa como un todo pueda partir también del Convenio, sin necesidad de llegar a la liquidación.

(52) Artículos 190 y 191, del proyecto de Ley Concursal.

(53) Se ha presentado como enmienda en el Congreso la supresión del requisito para aplicar el procedimiento abreviado de que las personas físicas no hayan ejercido en los dos últimos años una actividad profesional o mercantil. También se ha propuesto ampliar el límite de la estimación inicial del pasivo. En ambos casos, con la finalidad de que este procedimiento sea aplicable a un mayor número de supuestos. Igualmente y, con carácter general se ha propuesto la reducción de plazos de todo el procedimiento general.

(54) Debe formularse balance abreviado si, durante dos ejercicios consecutivos, en su fecha de cierre, cumple dos cualesquiera de los siguientes requisitos: a) Que el importe total de las partidas que componen su activo no supere los 2.373.997,81 euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los 4.747.995,62 euros. c) Que el número medio de empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

(55) Artículos 163 y siguientes, proyecto de Ley Concursal.

bienes y para representar a personas durante un período de cinco a veinte años, les impondrá la pérdida de cualquier derecho que tengan como acreedores concursales y la condena a devolver los bienes o derechos indebidamente obtenidos, más la de indemnizar los daños y perjuicios.

Si el preceptivo informe de la administración judicial y del Ministerio Fiscal coincidieran en la calificación del concurso como fortuito, se archivarán las actuaciones. También se regulan los supuestos que, salvo prueba en contrario, se presumen dolosos o de culpa grave por incumplimiento de determinadas obligaciones legales.

De una forma clara, el texto regula las causas de conclusión del concurso (56), como son la revocación del auto de declaración del concurso cuando su apertura no se ajustó a Derecho; el cumplimiento del convenio o su frustración por inexistencia de bienes con que satisfacer a los acreedores con la posibilidad de reapertura del concurso si aparecen bienes con que satisfacerlos; el desistimiento, la transacción y la renuncia, que exigen aceptación u homologación judicial, tras informe de la administración judicial.



COLABORACIONES

4. Conclusión

El proyecto de Ley Concursal que en estos momentos se está debatiendo en el Congreso de los Diputados, es una iniciativa importante y altamente demandada.

Frente a la dispersión y arcaísmo de la legislación actual, la falta de seguridad jurídica y agilidad en el procedimiento y su conclusión, se opta por unificar en un solo cuerpo legislativo las situaciones de insolvencia, se unifica y simplifica el procedimiento estableciendo los límites necesarios para su efectiva conclusión, se crean los Juzgados de lo Mercantil altamente especializados, y se opta como criterio general por mantener la actividad empresarial.

Por ello, no sólo cumplirá con la finalidad de modificar jurídicamente nuestro sistema de crisis empresarial, adecuando su regulación a la tendencia de los países de nuestro entorno; lo que es más importante, proporcionará la seguridad y confianza que necesitan las empresas que desarrollan su actividad en nuestro país, propiciando medidas que permitan su saneamiento y adecuación y no su liquidación o cierre, evitando situaciones de destrucción empresarial innecesarias.

La importancia de esta modificación que cambia radicalmente el sistema de insolvencias en nuestro país, necesita de un alto nivel de consenso y reflexión, que se ha manifestado no sólo en los informes previos elaborados por los diferentes organismos e instituciones en su fase de anteproyecto de Ley, como también en la tramitación parlamentaria desde que, tanto el texto del proyecto de Ley Concursal como el proyecto de Ley Orgánica para la reforma Concursal por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, entraron para su debate en el Congreso de los Diputados.

(56) Artículos 176 y siguientes, proyecto de Ley Concursal.