

SITUACIÓN ACTUAL DEL
DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL

PUBLICACIONES DE LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS
ECONÓMICAS Y FINANCIERAS

SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL

DISCURSO DE INGRESO DEL ACADÉMICO NUMERARIO, ELECTO
EXCMO. SR. DR. DON JORGE CARRERAS LLANSANA

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL
ABOGADO
VOCAL PERMANENTE DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

en el acto de su recepción, 15 de Febrero de 1.996, y

DISCURSO DE CONTESTACIÓN POR EL ACADÉMICO NUMERARIO
EXCMO. SR. DR. DON LAUREANO LÓPEZ RODÓ

B A R C E L O N A

1996

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	7
I PANORAMA GENERAL DEL DERECHO CONCURSAL Y NECESIDAD DE SU REFORMA	
1. REMEDIO QUE OFRECE EL DERECHO CONCURSAL A LA CRISIS DE LA EMPRESA: SU LIQUIDACIÓN.....	9
2. QUIEBRA Y SUSPENSIÓN DE PAGOS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DEL SIGLO XIX	11
3. LA SUSPENSIÓN DE PAGOS -CON SOLVENCIA DEL DEUDOR Y CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA- FRENTE A LA QUIEBRA -CON DEUDOR INSOLVENTE Y LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA-..	12
4. LA QUIEBRA Y LA SUSPENSIÓN DE PAGOS LUEGO DE LA LEY DE 26 DE JULIO DE 1.922	14
5. CONVENIO CON LOS ACREEDORES Y CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA	16
6. ¿FRACASO DEL DERECHO CONCURSAL?.....	17
7. HACIA UN SOLO TIPO DE JUICIO CONCURSAL	20
II POTESTAD EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE DEL JUEZ DEL CONCURSO	
8. ESTADO DE SITUACIÓN A ESTE RESPECTO	23
9. CONSECUENCIAS EN EL ORDEN PRÁCTICO DE LA LIMITACIÓN DE LA VIS ATRACTIVA	24
10. REMEDIOS LEGALES PARA LAS SITUACIONES DESCRITAS.....	27

III CONFIGURACIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL JUICIO CONCURSAL

11. EL JUEZ QUE DEBE DIRIGIR EL JUICIO CONCURSAL	31
12. ÓRGANO IMPULSOR DE LAS ACTUACIONES CONCURSALES	34
13. EL COMISARIO Y LA SINDICATURA COMO ÓRGANOS DE LA QUIEBRA.....	35
14. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL COMO ÓRGANO DE LOS EXPEDIENTES DE SUSPENSIÓN DE PAGOS.....	36
15. SOLUCIONES ALTERNATIVAS	37

IV SOBRE DETERMINADOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA

16. LA RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA	39
17. CONSECUENCIAS DE LA RETROACCIÓN ABSOLUTA.....	41
18. NECESIDAD DE LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE LA RETROACCIÓN	42
19. AUSENCIA DE REGULACIÓN SOBRE DETERMINADOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA	44

CONCLUSIÓN.....	46
-----------------	----

CONTESTACIÓN	49
--------------------	----

PUBLICACIONES	59
---------------------	----

INTRODUCCIÓN

EXCELENTÍSIMO SEÑOR PRESIDENTE,
EXCELENTÍSIMOS SEÑORES ACADÉMICOS
EXCELENTÍSIMOS E ILUSTRÍSIMOS SEÑORES,
SEÑORAS Y SEÑORES:

Luego de una vida dedicada al estudio del Derecho y al ejercicio profesional de la Abogacía, resulta para mí sobrecogedor dirigirme a los miembros de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, que han tenido la benevolencia de elegirme Académico, y pronunciar un discurso de ingreso ante especialistas eminentes del mundo de la economía y las finanzas. No es de extrañar que entre en tan docta Corporación con el temor reverencial de quién se siente aprendiz en materias ajenas a su dedicación habitual.

Ello no empece a que me sienta profundamente honrado con la nominación y que agradezca muy sinceramente a la Real Academia y sus miembros la distinción de que me han hecho objeto. El afecto y la amistad que me unen a muchos de los Académicos me dan la seguridad de que la benevolencia a que antes aludía se mantendrá hasta el final de mi exposición.

Va a versar ésta sobre un tema candente hoy, que lo era hace años y que me temo va a seguir siéndolo en los años futuros: la situación del Derecho concursal en España. A la reforma de tal Derecho, si no me equivoco, se refirió ya hace años, en su Discurso de ingreso en esta Academia, un jurista eminente, ilustre por tantos conceptos, como era don Miguel Casals Coldecarrera. Llamado por Dios a su seno, perdimos con su muerte, además, al amigo entrañable con quién compartí tareas apasionantes en la Comisión General de Codificación,

precisamente en el trance de acometer aquella reforma. No pensábamos entonces que la labor realizada en aquellas jornadas intensas se perdería en una pasividad estéril de quienes habrían debido aprovecharla en el orden político.

Voy a huir en mi exposición de planteamientos técnico jurídicos, propios de otras sedes, para centrarme en las realidades económicas y empresariales que subyacen bajo las formas jurídicas, reguladas por normas que cada día que pasa revelan más intensamente su obsolescencia y su fracaso.

I

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO CONCURSAL
Y NECESIDAD DE SU REFORMA

1. REMEDIO QUE OFRECE EL DERECHO CONCURSAL

A LA CRISIS DE LA EMPRESA: SU LIQUIDACION.

La primera pregunta que un empresario o economista puede formularle al jurista es la siguiente: ¿qué remedio o qué solución aporta o puede aportar el Derecho ante una crisis de la empresa que exige el llamado tratamiento concursal?.

Lamentablemente, parece que el Derecho no ofrece, hoy por hoy y salvo excepciones, otra solución que la destrucción de la empresa misma y la liquidación de su patrimonio para enjugar su pasivo ... hasta donde alcance, que es ciertamente muy poco. Nada puede ser más desalentador, ya que parece que a la empresa enferma el Derecho sólo podrá darle muerte y certificar su defunción. La proposición es tan dura, que hemos de justificar tan pesimista posición.

En el siglo pasado, con la mitigación muy moderada del vigente Código de comercio, el ordenamiento vigente entonces imponía como solución general y única la liquidación del patrimonio del comerciante o empresario que sobreesía de modo general en el pago corriente

de sus obligaciones, cualquiera que fuese la causa del sobreseimiento o cesación. Estos equivalían al fracaso profesional del comerciante o empresario, y convenía al estamento mercantil excluirlo del negocio y, previa liquidación de sus bienes, distribuir el producto de la misma entre los acreedores, guardando el principio fundamental de la **par conditio**.

La declaración de quiebra conllevaba la inhabilitación del deudor en tanto no fuese rehabilitado, y en la llamada pieza de calificación se depuraban las responsabilidades en que pudiera haber incurrido, como preparación del eventual juicio criminal.

La misma terminología -quiebra, crac, bancarrota- recordaba la destrucción del banco en que el cambista medieval realizaba sus negocios; y en cierta manera, existía mayor rigor que en las primitivas formas concursales aparecidas en el Derecho Romano.

Históricamente, la inhabilitación del deudor y la enajenación de su patrimonio en bloque por vía de subasta, con adjudicación al que se obligara a pagar un mayor porcentaje de las deudas pendientes, supuso una salida que permitiera evitar la agresión física al deudor, con posibilidad de su venta como esclavo e incluso de su muerte y descuartización de sus miembros. El influjo del estoicismo, primero, y del cristianismo después, hizo desaparecer paulatinamente el primitivo sistema de la **manus iniectio**, y se convirtió por algunos siglos, de hecho, en la única vía de ejecución, hasta que en el bajo imperio se introdujo la ejecución singular, con el **pignus in causa iudicati captum**.

Pero hubieron de idearse fórmulas que atenuaran la gravedad de la sanción del deudor que incurría en la ejecución general; y en la **Lex Julia de Bonis Cedendis**, se libró de responsabilidad y de inhabilitación a quién cedía sus bienes a los acreedores, generalizando así el trato excepcional dado a menores o a senadores.

En el Derecho español del siglo pasado, por el contrario, el comerciante deudor que fracasa, queda sometido necesariamente a la inhabilitación, a la liquidación y a responder eventualmente en la vía criminal según cuáles hayan sido las causas de la insolvencia.

2. QUIEBRA Y SUSPENSIÓN DE PAGOS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DEL SIGLO XIX.

No se olvide que el instrumento jurídico principal en el pasado siglo en materia, y aun hoy parcialmente vigente a pesar de su derogación formal, fue el Código de comercio de 1.829, debido principalmente a **Sainz de Andino**, curiosa figura de jurista que salió indemne de los cambios políticos del Reinado de Fernando VII, con hábiles acomodamientos a las sucesivas doctrinas políticas dominantes.

En el Código de **Sainz de Andino**, con notoria influencia francesa y con olvido a menudo de la rica literatura española en materia concursal, la liquidación con todas sus secuelas se ofrece como única medida para las situaciones de crisis de comerciantes y que hoy denominaríamos crisis empresariales. La suspensión de pagos, como causa de la crisis, entendida como iliquidez no culpable del comerciante deudor, no era una alternativa procesal de la quiebra, sino una de las siete clases de la quiebra misma, a tener en cuenta en la pieza de calificación, y que eximía de un juicio criminal al quebrado.

En la etapa de la Codificación, luego de la restauración borbónica de Alfonso XII, se sigue igual criterio en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1.881, sin modificaciones, y en el Código de comercio de 1.885, con la atenuación que luego diré. Ambos textos legales, sin grandes reformas, siguen vigentes en la actualidad.

Por ello, mientras que el deudor no comerciante, según la Ley de Enjuiciamiento civil puede evitar la declaración de concurso y la liquidación ofreciendo a sus acreedores un convenio de quita y espera, tal posibilidad de concordato preventivo no aparece respecto de los comerciantes, a los que manda aplicar el Código mercantil de 1.829 con los escasos retoques contenido en el Libro destinado al **orden de proceder en las quiebras**. Ninguna referencia se hallará en la Ley a propósito del convenio preventivo o la suspensión de pagos.

En el año 1.885, al promulgarse el Código de comercio vigente, aparece por vez primera en el pasado siglo la posibilidad de que el

comerciante solicite ser declarado en suspensión de pagos, con lo que eludirá las consecuencias gravísimas que la quiebra lleva consigo y podrá seguir en el comercio. Pero esto no supone un cambio de orientación sino una mitigación del rigor, sometida, valga la redundancia, a exigencias muy rigurosas.

El activo debe ser superior al pasivo; la propuesta de convenio sólo puede ofrecer una espera no superior a tres años; y la solicitud debe formularse antes del sobreseimiento en los pagos, o a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de la primera obligación que no pueda satisfacer.

No obstante, desde la introducción de esa **suspensión de pagos**, se producirán en la ciencia jurídica e incluso en el lenguaje ordinario, dos asimilaciones conceptuales: convenio equivale a conservación de la empresa; y la suspensión de pagos entraña solvencia económica, dado que el activo es superior al pasivo.

3. LA SUSPENSIÓN DE PAGOS -CON SOLVENCIA DEL DEUDOR Y CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA- FRENTE A LA QUIEBRA -CON DEUDOR INSOLVENTE Y LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA-.

En el Código de comercio de 1.829 y, como corolario, en la Ley de Enjuiciamiento civil, se aceptaba la posibilidad de que un deudor **quebrado**, ofreciera un convenio a sus acreedores; pero ello ocurría necesariamente **después** de la declaración de quiebra, de que los créditos hubiesen sido objeto de reconocimiento y de que se hubiese calificado la quiebra, sin que cupiera tal convenio si la calificación hubiese observado culpabilidad o fraudulencia.

El Código de 1.885 mantiene igual posibilidad de convenio, con la diferencia -muy importante- de que las Sociedades mercantiles pueden formular tal propuesta de convenio en cualquier momento, y cualquiera que fuere en su día la calificación.

Pero los convenios **post quiebra** no evitan la inhabilitación del deudor, ni que los mecanismos de la quiebra entren en funciones, por más o menos tiempo, con todas las secuelas que esto conlleva. En cambio, el convenio propuesto para pedir la suspensión de pagos entraña, por las propias exigencias legales, no sólo la evitación de la quiebra, sino la conservación del patrimonio del comerciante; en tanto en cuanto la propuesta de convenio sólo puede solicitar una espera de tres años, es obvio que el comerciante suspenso debe seguir ejerciendo el comercio para cumplir con la obligación asumida.

En las últimas décadas del siglo pasado y muy acentuadamente en el presente siglo, el Derecho adquiere conciencia de que cuando un deudor comerciante sobresee en el pago de sus obligaciones existe algo más que un juicio sobre su aptitud y sus comportamientos éticos; que la empresa tiene un contenido económico y, sobre todo, humano, que va más allá del estatuto formal del titular de la empresa misma, y que la destrucción de ésta comporta graves riesgos no sólo para los acreedores sino, además, para quienes en ella viven y desarrollan sus actividades profesionales en el más amplio sentido.

Y para conservar las empresas de ferrocarriles y demás obras públicas, se crean procedimientos concursales especiales, denominados ya **de suspensión de pagos**, en que se busca el convenio para evitar la liquidación. Por lo mismo, si el expediente ordinario de suspensión de pagos postula el cumplimiento de unas obligaciones de pago que sólo podrán satisfacerse si el comerciante sigue en el ejercicio de su función, está claro que poco a poco se asimilan **convenio y continuación de la empresa**.

Parece pues que se ha introducido un remedio concursal que no es la liquidación de la empresa; el deudor solvente desde el punto de vista económico, en crisis por una situación de iliquidez, podrá acudir al expediente de **suspensión de pagos**, y conseguir acaso la continuación de la empresa por medio del convenio con los acreedores.

Por lo mismo, desde el punto de vista jurídico material se han creado dos estados jurídicos: el de quiebra, que parece habrá de predicarse del deudor insolvente, cuyo activo es inferior al pasivo; y

el de suspensión de pagos, aplicable al solvente que adolece de iliquidez, cuyo activo es superior al pasivo.

Esta dicotomía subsiste incluso en el lenguaje vulgar de nuestros días, cuando ante determinadas suspensiones de pagos se afirma por legos, y a veces por quienes no lo son, que se trata de quiebras encubiertas; y, no obstante, saltó hecha pedazos por la Ley de 26 de julio de 1.922 y su aplicación ulterior. ¿Tenía el legislador conciencia de los riesgos que entrañaba el nuevo texto legal?. Posiblemente sí, si tenemos en cuenta que ante las críticas que provocó la Ley, dispuso expresamente que la vigencia de la misma no fuera más que de cuatro años. Craso error entonces, ya que es sabido que en nuestra Patria las leyes que más duran son las ... provisionales.

4. LA QUIEBRA Y LA SUSPENSIÓN DE PAGOS LUEGO DE LA LEY DE 26 DE JULIO DE 1.922.

No voy a hacer historia de la génesis de la Ley de 26 de julio de 1.922; ha sido realizada por estudiosos del Derecho mercantil con objetividad y a fondo. Podríamos decir como resumen que la Ley guarda un cierto paralelismo con otra famosa, aparecida primero bajo la forma de un Decreto-Ley de expropiación: ambas fueron en su momento leyes para resolver hipótesis individuales y concretas, lo que nunca debe ser origen de una ley. La gran diferencia estriba en que una fue hecha para beneficiar a una entidad bancaria, y pudo ser aprovechada por todos los demás ciudadanos y empresarios, y la otra para arruinar a un empresario discutido, con grave perjuicio para el erario público e incluso de los mismos a quienes decía protegerse con la expropiación. Díganlo, sino, los accionistas y empleados de unas famosas Galerías, para poner un ejemplo.

Lo que sí es preciso señalar es que la liberalidad de la Ley fue, precisamente, la que dinamitó el edificio levantado desde la promulgación del Código de comercio.

El legislador de 1.922 suprimió la exigencia de que el solicitante de ser declarado en suspensión fuese solvente, en el sentido de tener un activo superior al pasivo; no sólo la solvencia no es condición de que se admita la solicitud, sino que es perfectamente posible la insolvencia llamada definitiva, con superioridad del pasivo sobre el activo. A pesar de constatarse tal insolvencia, a veces notoria e incluso escandalosa, el procedimiento de suspensión de pagos seguirá igual, a no ser que el 40 por 100 de los acreedores soliciten conjuntamente que se sobresea el expediente y se declare la quiebra. No hace falta decir que es prácticamente imposible que un quorum como el exigido llegue a reunirse; en toda mi larga vida profesional no he tenido conocimiento de que la quiebra fuese declarada por tal causa.

Cabe desde 1.922 que un insolvente económico sea declarado en suspensión de pagos y llegue a un convenio, incluso a un convenio válido, sin perjuicio de los juicios que se sigan contra el suspenso, que para muchos son de dudosa eficacia. Y, a la vez, no habiéndose modificado la Ley y el Código, sigue siendo cierto que un deudor puede ser declarado en quiebra por haber sobreseído en el pago corriente de sus obligaciones, aunque tuviese un activo superior al pasivo. La polémica desatada a propósito de la quiebra de Barcelona Traction, en el año 1.948, y que siguió por lo menos hasta 1.970, en que se dictó Sentencia favorable a España por el Tribunal Internacional de Justicia, puso de manifiesto que, no obstante los esfuerzos de algunos eximios maestros, la solvencia económica no podía evitar la declaración de quiebra si se sobreseía de modo general en el pago corriente de las obligaciones.

Resulta así que no existen en la actualidad dos estados jurídicos desde el punto de vista del Derecho material, sino únicamente dos tipos de proceso que dependen de que el deudor solicite la suspensión de pagos o inste la declaración de quiebra voluntaria, o de que los acreedores soliciten la declaración de quiebra y sea declarada ésta antes de que el deudor haga uso del beneficio de la suspensión.

El estado de suspenso y el de quebrado dependen sólo de cuál sea el procedimiento concursal que se siga, y no de la situación

económica del deudor. Con la consecuencia, digna de Perogrullo, de que una suspensión de pagos es siempre una suspensión, y no una quiebra, por lo menos en tanto no se sobresea el expediente y se declare la quiebra a instancia de los acreedores o del propio deudor.

5. CONVENIO CON LOS ACREEDORES Y CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA.

La tendencia liberalizadora de la Ley de 1.922 se proyectó también, como ya se ha dicho, respecto del contenido de la proposición de convenio que podía formular el deudor suspenso. Por razones procesales -especialmente por el quorum preciso para la aprobación- hay que distinguir dos tipos de convenio, el en que se proponga una espera no superior a tres años y el en que se proponga cualquier otra fórmula de solución. Y como el ámbito contractual es ilimitado, se ha pasado de una fórmula mucho más rígida que para la del deudor no comerciante (que admite quita y espera), a otra mucho más laxa, que permite no sólo quitas y esperas sin limitación sino además cualquier otra solución distinta.

Y tal solución distinta, en la inmensa mayoría de los casos, por lo menos dentro del último medio siglo, es cabalmente la **liquidación** del activo, a realizar por una **comisión de acreedores**. Ciertamente es que, jurídicamente, cabe la existencia de convenios que tiendan realmente a la conservación de la empresa; pero, de **facto**, se ha roto la equiparación entre convenio y conservación de la empresa ya que el convenio es el pacto que contendrá la fuente de la actividad liquidatoria.

Hasta tal punto es así, que autores destacados en el campo del Derecho concursal, como **TORRES DEL CRUELLS**, calificaban el expediente de suspensión de pagos como juicios de ejecución general, idénticos a la quiebra, ya que unos y otros tendían a la realización del activo para pagar a los acreedores con el producto de tal liquidación.

Que nadie se engañe pues: hoy por hoy, la suspensión de pagos no tiende a la conservación de la empresa, sino a lograr una liquidación

a realizar por una Comisión liquidadora, sin sujeción a reglas o normas de procedimiento, y sin que, normalmente, se corra el riesgo de una calificación de culpabilidad o fraudulencia; y, especialmente, se evite el ejercicio de acciones de retroacción. La suspensión de pagos se ha convertido así en una liquidación que difiere de la quiebra en la falta de garantías que aquélla tiene para los acreedores.

No pretendemos afirmar que los empresarios que acuden al Juzgado en solicitud de ser declarados en estado de suspensión de pagos, lo hagan movidos por un afán torticero de eludir responsabilidades y aprovechar la ausencia de garantías. En realidad, en un gran número de casos, los empresarios acuden a la solución concursal cuando no tienen más remedio, cuando ya la situación es irremediable. Es lógico entonces que sus asesores elijan el procedimiento más favorable para él, sin que tal elección de norma pueda ser calificada de fraudulenta.

6. ¿FRACASO DEL DERECHO CONCURSAL?

Al constatar que el Derecho, de **iure** pero especialmente de **facto**, no aporta más soluciones que la de liquidación o muerte de la empresa en crisis concursal, habrá que preguntarse si el Derecho ha fracasado y cuáles pueden ser las causas del fracaso.

En primer término ha de tenerse en cuenta que al Derecho no se le puede exigir más de lo que puede dar de sí. El Derecho concursal no puede conseguir que una empresa subsista cuando faltan medios económicos o cuando el empresario está dispuesto a liquidarla. El Derecho concursal puede ofrecer cauces para la solución más idónea y más justa; puede velar para que se respeten al máximo los diversos intereses que están en juego, pero no puede conseguir que se obtengan los medios económicos precisos cuando no existen o no se quieren aportar.

El Derecho concursal no es una parcela aislada dentro del ordena-

miento jurídico general, ni un compartimento estanco al que no puedan alcanzar con sus efectos muchas ordenaciones en materia de Derecho económico o laboral. Aunque volveré sobre el tema, he de avanzar ahora la cita de los efectos perniciosos de una voracidad recaudatoria que no sólo llega a veces a tipos expropiativos, sino que confiere a la Administración procedimientos ejecutivos al margen de los procedimientos concursales, y pone en peligro cualquier vía de solución extrajudicial que el empresario proyecte, contando con la benevolencia o el buen sentido de muchos de sus acreedores.

Bien está que se regule la responsabilidad del empresario individual o de los administradores de la sociedad titular de la empresa, pero cuando se llega a un punto en que se les exija responsabilidad por el fracaso empresarial, sea debido o no a conductas maliciosas o negligentes de dichos sujetos o a circunstancias externas nacidas a veces de la política comercial de la propia Administración, ¿quién podrá reprochar al empresario o a los administradores que busquen en los procedimientos concursales el medio de acabar con la empresa y liquidarla con los menores riesgos personales posibles?.

De igual modo, la protección al trabajador en el orden laboral es indispensable en un Estado social de Derecho; pero cuando las regulaciones de las plantillas, exigidas a veces por un cambio económico que no depende del empresario, no sólo resultan carísimas y agobiantes sino que ni siquiera es posible hacerlas sin el instrumento concursal, por deficiente que éste sea, a nadie podrá extrañar que se acuda a la liquidación que permite la Ley de suspensión de pagos y, en último término, a la realizada por los órganos de la quiebra.

No hablemos tampoco de la insolidaridad de algunos acreedores, especialmente establecimientos de crédito, que en momentos de apuro del empresario ofrecen abstenerse de ejecutar con base en títulos de crédito sin garantía real a cambio de las famosas superposiciones de garantía hipotecaria o pignoratícia, para utilizar luego las acciones reales así conseguidas al menor indicio de peligro.

Y éstas, y tantas otras circunstancias que hoy presionan a muchos empresarios, no pueden ser solucionadas por el Derecho concursal,

que habrá de tenerlas en cuenta en cada caso para arbitrar las soluciones que sean más justas, manteniendo el principio cardinal de la **par conditio creditoris**.

No cabe pues achacar al Derecho concursal fracaso ni exigirle responsabilidad por situaciones previas, administrativas, económicas, financieras y laborales, que al jurista le vienen dadas y cuya evitación no está en su mano.

Pero sí cabe hablar de un fracaso del Ordenamiento concursal, que no es tanto de las normas existentes y su aplicación, sino del legislador que debió adecuar tales normas a las nuevas realidades sociales, no para resolver problemas concretos por grande que sea su trascendencia, sino para proporcionar cauces y brindar soluciones de carácter general, puestos al día y no obsoletos.

Durante todo el siglo XX se han elaborado, dentro y fuera de la Comisión General de Codificación, por encargo ministerial o por iniciativa de los juristas y estudiosos, una diversidad de proyectos, que antes de la Ley de 1.922 se proyectaban especialmente sobre la suspensión de pagos, tan parcamente regulada en el Código de comercio del 85, y con posterioridad a aquella Ley sobre un Código de Derecho concursal que afrontara todos los problemas derivados de las crisis empresariales.

Y sólo cuando surgió la crisis del Banco de Barcelona existió la presión necesaria para que surgiera la Ley de Suspensión de pagos, sin la amplia visión de todos los problemas, sin la previsión de cuáles serían los efectos de alguna de las soluciones arbitradas. El resultado está a la vista de todos; el escepticismo sobre el Derecho concursal español está generalizado y se comparte por juristas, políticos y comerciantes.

Fuera de tal caso, los proyectos trabajosamente elaborados, en una labor que a veces ha tenido años de duración, como el Anteproyecto de Ley Concursal elaborado en la pasada década por la Comisión General de Codificación -que fue publicado en 1.983 para seguir trabajándose luego sobre él-, han dormido el sueño de los justos tan pronto como ha desaparecido la urgencia que motivaba a los políticos.

Se ha desconocido una regla fundamental, de origen ignaciano pero aplicable también al Derecho concursal, de que en momentos de crisis no hay que realizar mudanzas. La reforma concursal exige que sea realizada en período de auge económico, cuando quepa que las nuevas normas influyan sobre el comportamiento empresarial, y que la Ley que surja de aquélla esté sometida a una larga **vacatio legis**.

Hemos pues de concluir que el fracaso no puede ser achacado al Derecho concursal con carácter exclusivo, y que tal fracaso puede reprocharse a la inadecuación de las normas hoy vigentes, no renovadas o renovadas inadecuadamente por la desidia o la improvisación del legislador.

7. HACIA UN SOLO TIPO DE JUICIO CONCURSAL.

La reforma, según un parecer compartido por muchos especialistas, exige el reconocimiento de que los expedientes de suspensión de pagos son ineficaces tanto en cuanto se refiere a la conservación de la empresa, cuanto a asegurar una liquidación que permita satisfacer los créditos de la mayoría de acreedores sin privilegio. Y que la liquidación que entraña la quiebra contiene elementos, sobre todo colaterales, que deben ser conservados y mejorados, pero que no puede subsistir como procedimiento específico.

Ni los expedientes de quita y espera ni los concursos de acreedores para no comerciantes tienen hoy razón de ser y su número ha crecido de tal modo que la regulación de las crisis económicas de los deudores en el campo civil puede ser absorbida en un único tipo de proceso concursal.

En el último proyecto de reforma de carácter oficial, llevado a cabo en el seno de la Comisión General de Codificación, se llegó a la creación de dicho tipo único, en el que tuvieran cabida todas las soluciones posibles desde el punto de vista jurídico, con una

coordinación armónica.

Así era menester que los proyectos de convenio que, con quitas y esperas razonables, contaran de antemano con la aprobación de una mayoría sólida de acreedores, pudieran ser planteados y aprobados en el menor tiempo posible, de modo que la continuidad de la empresa sufriera la menor perturbación y se pusiera en práctica sin dilaciones y con escaso quebranto económico en costas y gastos.

Las intervenciones de los Fondos de Garantía sobre Bancos y Compañías de seguros debían insertarse en este tipo de juicio, acabando con los concursos administrativos arbitrados por normas extravagantes y que han demostrado generalmente su ineficacia. También debían inscribirse en el tipo de juicio la posibilidad de reflotar empresas por iniciativa pública o privada, aunque pudiera ser éste el punto más conflictivo y que más suspicacias engendraba.

Aun comprendiendo tales suspicacias es absolutamente imprescindible que el ordenamiento impida iniciativas que, por bien intencionadas que sean, entrañen una violación de las normas en vigor y puedan llegar a constituir verdaderas comisiones de delitos, presentadas en la prensa como soluciones dignas de elogio y consentidas sin protesta por nadie. Casos podrían citarse, como el reflotamiento de unas cooperativas sindicales tristemente famosas.

Los convenios liquidatorios han de ser posibles, pero con garantías hoy inexistentes, y dejando la liquidación coactiva como última solución.

Pero la eficacia del tipo único de juicio concursal exige afrontar problemas de forma y fondo cuya solución es absolutamente indispensable, ya que de otro modo podríamos llegar, como en aquel cuento de reminiscencia volteriana, a la situación de aquel enfermo que rogaba a la Virgen con las palabras “que me quede como estoy”.

En los capítulos siguientes me referiré a los puntos principales, que son a mi juicio la potestad exclusiva y excluyente del Juez del concurso sobre el patrimonio del quebrado; la configuración del órgano que ha de ser motor y censor de las operaciones de la quiebra;

y, por último, los efectos de la declaración de quiebra sobre los actos de disposición anteriores a la misma y sobre las relaciones y créditos existentes al proferirse aquella.

II

POTESTAD EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE DEL JUEZ DEL CONCURSO.

8. ESTADO DE SITUACIÓN A ESTE RESPECTO.

La quiebra, como juicio universal, tiene tradicionalmente la llamada **vis atractiva**, que supone la acumulación a ella de todas las ejecuciones pendientes contra el deudor quebrado, e incluso de los juicios declarativos en que el quebrado sea parte, en determinadas condiciones. Como consecuencia de ella, las ejecuciones singulares quedan sin efecto, sustituidas por la liquidación concursal, y las sentencias que recaigan en los juicios acumulados, dictadas por el Juez de la quiebra, serán vinculantes para la masa de la quiebra en cuanto se refiera a la declaración de derechos.

De la fuerza atractiva de la quiebra quedó exenta la ejecución hipotecaria, ya se ejercitara por el procedimiento sumario o por el ejecutivo si sólo se perseguían los bienes hipotecados.

La **ratio** de la **vis atractiva** es simple; no puede existir una liquidación **universal** del patrimonio del deudor quebrado si se mantienen ejecuciones separadas, no controladas por el Juez de la quiebra.

En las suspensiones de pagos, precisamente porque la liquidación

eventual depende de que los acreedores acepten mayoritariamente el convenio, se llega a una fórmula intermedia; las ejecuciones no se acumulan al expediente de suspensión de pagos, pero se suspenden por los Jueces que conozcan de ellas, a requerimiento del Juez en cuya Juzgado se sustancia el expediente. Si se aprueba en su día el convenio, las ejecuciones deberán acomodarse a los pactos transaccionales, salvo que el acreedor ejecutante haya hecho uso del derecho de abstención. Y, como es lógico, las ejecuciones hipotecarias quedan exentas de la suspensión de las actuaciones ejecutivas.

La sujeción de los acreedores a la potestad del Juez de la quiebra y, en cierta medida, de la suspensión de pagos, resulta enojosa para quienes tengan fuerza para soslayarla y conseguir ejecuciones separadas que no puedan ser obstaculizadas por la quiebra o el expediente de suspensión de pagos. Entre tales acreedores han figurado la Administración, o por mejor decir, las Administraciones públicas, para las exacciones fiscales o análogas, y los trabajadores merced a las prerrogativas conferidas a los Juzgados de lo Social, antiguas Magistraturas del Trabajo.

Por falta de previsión legal pueden escapar además de la potestad del Juez del proceso concursal acreedores pignoratícios, que quieran acudir al procedimiento extrajudicial, y los propietarios de locales arrendados al deudor que pretendan obtener el desahucio por falta de pago.

Como consecuencia de lo que antecede, hay que concluir que la **vis atractiva** del juicio universal de quiebra está hoy muy limitada por las excepciones, legales o fácticas.

9. CONSECUENCIAS EN EL ORDEN PRÁCTICO DE LA LIMITACIÓN DE LA VIS ATRACTIVA.

Cuando un deudor acude al procedimiento concursal que de ordinario desembocará en una liquidación del patrimonio para pagar

con su producto a los acreedores, deben éstos confiar en que se aplicará el principio cardinal de la **par conditio creditoris**. No supone una quiebra del principio la existencia de privilegios que el Derecho material pueda conceder a diversos acreedores, aunque esto suponga el riesgo de que los comunes pierdan toda posibilidad de cobro de sus créditos.

El principio de igualdad permite que se dé trato desigual a quienes se hallan en situaciones desiguales, por lo que los privilegios o preferencias no son inconstitucionales ni atentan al principio de paridad entre los acreedores. Otra cosa es que, en una reforma, deba ser podado el árbol frondoso de las preferencias y acomodado a las nuevas realidades económicas. Pero los privilegios deben hacerse valer **dentro** del juicio universal; dan origen a un derecho a cobrar **preferentemente** con el producto de la realización, pero no a destruir el patrimonio del deudor quebrado o suspenso con ejecuciones separadas de la general que supone toda liquidación concursal.

En la realidad actual, por el contrario, el activo de la empresa en situación de concurso -sea quiebra o suspensión de pagos- queda a menudo destrozado por las actuaciones de las recaudaciones tributarias o por la ejecución instada por los obreros; ello sin contar con las medidas de hecho que los propios obreros realizan sobre el patrimonio o sus elementos, para asegurar el cobro de lo que se les debe.

Las fábricas quedan así a menudo desmanteladas por las actuaciones ya no sólo fácticas sino además jurídicas, viendo la maquinaria embargada y vendida a cualquier precio para pago a la Administración fiscal o al Juzgado de lo social, sin que a veces puedan actuar contra el inmueble porque éste está siendo objeto de una ejecución hipotecaria.

Parece obvio que cuando el legislador, desde el siglo pasado, confirió al acreedor hipotecario el derecho a una ejecución separada del bien hipotecado, no obstante la quiebra o la suspensión de pagos del deudor, tenía presente la tutela del crédito que ostentaba quién había realizado préstamos con la garantía real; para favorecer la seguridad del crédito era indispensable que el cobro a la fecha del vencimiento

no quedara sujeto a la eventualidad de una quiebra o una suspensión.

Pensamos que el legislador no podía prever el inmenso número de supuestos en que el acreedor hipotecario no ha adquirido la garantía **antes o en el acto** de efectuar el préstamo, sino que ha conseguido la garantía **después** de la existencia e incluso del vencimiento del crédito, que dimana de las relaciones financieras o simplemente comerciales entre prestamista y prestatario. A cambio de conceder una garantía real el deudor no acostumbra a recibir contraprestación alguna, salvo la de una mera demora en ejecutar los títulos de crédito sin garantía real, o la mera promesa de seguir facilitando crédito al comprador para adquirir los suministros que necesita para su empresa.

Como la ley no distingue, resulta que el acreedor que obtuvo la llamada **superposición de garantía hipotecaria**, normalmente en fecha muy próxima al planteamiento jurídico de la crisis concursal, puede ejercitar separadamente su acción ejecutiva, con fraude y quebranto del derecho de los demás acreedores, que no pudieron o no supieron utilizar la coacción que entraña la amenaza de promover juicios ejecutivos, cerrar las líneas de descuento o cortar los suministros esperados.

La amenaza de una retroacción no siempre surte efecto, quizá porque, para decirlo en frase de un conocido dramaturgo, **muy largo me lo fiáis**.

Lo mismo cabe decir de las ejecuciones extrajudiciales de bienes o joyas pignorados con desplazamiento de la posesión, o incluso de las judiciales con base en hipotecas mobiliarias o prendas sin desplazamiento de la posesión; y, para mayor **inri**, muchas veces tales hipotecas o prendas se han concedido como **superposición de garantía**.

En los supuestos en que el deudor es arrendatario de local o locales donde tiene su sede la empresa, iniciado el juicio concursal promueve el arrendador juicio de desahucio por falta de pago de las rentas, y no por las vencidas e impagadas luego de producida la situación de crisis concursal sino por rentas vencidas e impagadas **antes** de que la quiebra o la suspensión adquieran estado legal. La consecuencia puede ser que los órganos de la quiebra no puedan hacer frente a la

acción mediante el pago, ya que de otro modo estarían abonando unos créditos -por las rentas vencidas- en perjuicio de los demás acreedores.

En las situaciones concursales en que ocurren tales desmanes, por muy legales que sean, y más de uno en muchas ocasiones, no hay juicio concursal que pueda ser llevado a buen fin ni liquidación posible; los acreedores comunes verán desaparecer el patrimonio del deudor sin que el producto alcance más que para pagar los gastos del propio juicio concursal.

10. REMEDIOS LEGALES PARA LAS SITUACIONES DESCRITAS.

Una reforma del Derecho concursal español exige, para que pueda tener éxito y como requisito **sine qua non**, que se arbitren remedios **legales**, ya que de otro modo son tiempo y esfuerzo perdidos los que se utilicen para plantear aquélla.

Es preciso acabar con la perniciosa costumbre de que las empresas se financien aplazando el pago de los impuestos y de las cuotas de la seguridad social, sin acudir al remedio jurídico del concurso de acreedores, si se quiere conseguir que el remedio sea tal. La acumulación de débitos privilegiados, que puedan ser perseguidos además en ejecuciones separadas, conducen fatalmente en la mayoría de los casos a situaciones de insolvencia insolubles jurídicamente, en que los acreedores mercantiles no hallarán medio de percibir lo que se les debe ni en una mínima proporción.

No basta que el supuesto de hecho determinante del estado de quiebra sea el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones; el impago de anualidades de impuestos y cuotas de la seguridad social debe ser considerado como **situación de quiebra o concurso** y las Administraciones o entidades recaudadoras no pueden cooperar dando aplazamientos, ni siquiera con garantías reales, que a la larga han de conducir a la ruina de la empresa a costa de los demás acreedores.

Es preciso que la declaración de quiebra o concurso suponga la paralización e ineficacia de las ejecuciones instadas con base en hipotecas, mobiliarias o inmobiliarias, concedidas por los empresarios sin una real contrapartida, como **superposición de garantías**.

De igual modo, es indispensable que los juicios de desahucio puedan interponerse por impago de rentas vencidas **después** de declarada la quiebra o la situación concursal, de modo que los órganos de la quiebra puedan decidir si conviene o no a la masa abonar las rentas o soportar la pérdida de la posesión del local. Por el contrario, en cuanto a las rentas anteriores no reclamadas judicialmente por el arrendador, no hay motivo jurídico para exceptuar al mismo de tener que cobrar lo que se le adeuda en moneda de quiebra.

Pero todo este haz de medidas legales debe asentarse en una fundamental, cuál es la de reconocer al Juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente sobre el patrimonio del concursado o quebrado. Todos los privilegios, preferencias, y procedencia de actuaciones ejecutivas inmediatas, deben debatirse dentro del juicio concursal y debe ser el Juez quién decida sobre todas y cada una de las cuestiones que se susciten.

La Ley debe privar a cualesquiera Juzgados o Autoridades, judiciales o administrativas, de potestad para conocer de ejecuciones y de la primera instancia de juicios declarativos atañentes al patrimonio del concursado o quebrado. Si debe seguirse alguna ejecución sin esperar a la liquidación, debe ser el Juez del concurso quién la decida y mande realizarla en su propio Juzgado.

Fuera del juicio concursal no caben privilegios materiales ni procesales. Sólo así se conseguirá evitar una desmembración del patrimonio que ha de ser liquidado, o que ha de constituir la base para que la empresa subsista y sea o no reflotada.

La aceptación de esta premisa por todos los afectados no es fácil de conseguir, como bien se alcanza a cualquier observador con sólo ver quiénes son los posibles afectados. No quisiera pecar de suspicaz al decir que quizá por ello ha podido naufragar algún proyecto de

reforma, y a veces no por oposición a medidas que puedan mermar privilegios, sino incluso por apriorismos científicos de profesionales y funcionarios que no se avienen a recorte alguno de los derechos que conlleva la hipoteca.

III

CONFIGURACION DE LOS ORGANOS DEL JUICIO CONCURSAL

11. EL JUEZ QUE DEBE DIRIGIR EL JUICIO CONCURSAL.

Cuando se postula para los Jueces a quienes corresponda dirigir el juicio concursal la responsabilidad de tomar decisiones tan importantes como las señaladas en el capítulo anterior, la preocupación que asalta a cualquier jurista es la de si cualquier Juez está preparado para asumir aquélla. Y esto puede decirse sin mengua alguna del respeto que me merecen los Jueces y Magistrados que integran nuestros Tribunales de Justicia, precisamente porque después de muchos años de dedicación al Derecho concursal, tanto en el plano teórico como en el práctico, tengo plena conciencia de las dificultades que han de presentársele al Juez que tenga que enfrentarse con un juicio concursal sin una preparación especializada en la materia.

A mediados del año 1.947, por medio de un Decreto-Ley, se previó la posibilidad de que para el conocimiento de determinados juicios concursales, que podían presentar especiales dificultades, pudiera la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo nombrar Jueces especiales, que se hicieran cargo de la dirección de los juicios dentro del Juzgado competente.

No podía pensarse entonces que, antes de que transcurriera un año, la existencia del Decreto-Ley sirviera de base al nombramiento de Juez especial para que, dentro del Juzgado de Reus, se hiciera cargo de la quiebra de **Barcelona Traction**. Alguna persona suspicaz podría creer que la norma había sido creada **ad hoc** para este juicio concursal, suspicacia que se justificaría por la campaña de descrédito que contra la Justicia española se montó alrededor de la quiebra de la compañía canadiense, por los aliados y servidores de la compañía deudora.

Nada más lejos de la realidad; de hecho, el Tribunal Internacional de Justicia, que desestimó la demanda interpuesta por Bélgica contra España por Sentencia de 5 de febrero de 1.970, rechazó por obra de las opiniones particulares de muchos de sus dieciséis jueces las insidias vertidas al respecto por los promotores de la campaña. Pero conviene decir que el nombramiento del Juez especial por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, haciendo uso del Decreto-Ley, no fue objeto de debate ante el Tribunal Internacional, por la potísima razón de que fueron los interesados en la compañía quebrada quienes solicitaron tal nombramiento y no la parte española instante de la quiebra.

En muchas otras ocasiones se produjeron nombramientos de Jueces especiales, entre los que cabe destacar el de la quiebra del Banco de Navarra, en que se llegó no sólo a nombrar Juez especial dentro de un Juzgado de Madrid, sino que además se señaló como Tribunal de Apelación una de las Salas de la Audiencia Territorial de la capital, con una interpretación extensiva y harto discutible del Decreto-Ley de 1.947.

Si no bastaran tales ejemplos para justificar la preocupación por la preparación de los Jueces en general para conocer de los juicios concursales, podría aducirse el proyecto inicial del intento de reforma, en que se recogía la norma citada anteriormente, y que tuvo que descartarse por haber declarado el Tribunal Constitucional que el nombramiento de Jueces especiales violaba el derecho al Juez legal predeterminado por la Ley.

Se preconizó, en fecha mucho más próxima, la atribución de

competencia civil a los Jueces Centrales de la Audiencia Nacional, para que cualquiera de ellos, o alguno en concreto, conociera de todos los procesos concursales que se promovieran en territorio español. Entiendo que la solución, más que dudosa dentro del respeto a la Constitución, conduciría a alejar la justicia del justiciable y a provocar tal acumulación de asuntos en un mismo Juzgado, que se llegaría a colapsar la marcha de los juicios en lugar de facilitarla.

Sería posible, en cambio, con modificación en su caso de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concentrar en los Juzgados radicados en las sedes de un Audiencia Provincial el conocimiento de los juicios concursales, al igual que ocurre con las demandas dirigidas por o contra Corporaciones de Derecho público. Y, sin necesidad de reforma legislativa alguna, cabe hallar fórmulas amparadas en el reparto de asuntos en las poblaciones con pluralidad de Juzgados de igual clase.

De hecho, en algunas Audiencias Provinciales, como la de Barcelona, las apelaciones dimanantes de juicios concursales son repartidas a una misma y única Sala o Sección, para cohonestar la especialización con el derecho de los justiciables al Juez predeterminado por la Ley.

Si en algún caso está justificada una medida especial, creo que ningún profesional negará que sea el de los juicios concursales.

Pocas palabras merece el debate sobre si debe subsistir la intervención del Ministerio Fiscal en los juicios concursales; hay sobre tal intervención un consenso en sentido afirmativo, aunque la experiencia demuestre que, salvo en las piezas de calificación, y en las vistas en apelaciones dimanantes de recursos recaídos en los Juzgados de Primera Instancia, aquella intervención es poco menos que ilusoria. Dicho sea con todos los respetos que merece a cualquier jurista el Ministerio Fiscal.

12. ORGANISMO IMPULSOR DE LAS ACTUACIONES CONCURSALES.

Siendo de capital importancia la función del Juez en un juicio concursal, resulta obvio que se requiere un órgano de gestión que realice múltiples actividades, de cierto contenido jurídico, pero con preferencia de contenido económico e incluso de gestión empresarial.

El análisis del pasivo, con dictamen sobre quiénes son en realidad acreedores del deudor concursado, sobre el privilegio o preferencia que puedan ostentar para el cobro de sus créditos y el consiguiente orden en el pago, es tarea que no puede llevar a cabo el Juez, que carece en muchos casos de conocimientos comerciales y contables para realizarla. Puede el Juez tomar decisiones sobre los puntos en que surja conflicto, pero requiere una previa actividad muy cercana a la que en el proceso ordinario supone el asesoramiento pericial.

La decisión sobre el ejercicio de acciones para reintegrar a la masa elementos del activo que hayan salido de ella en tiempo sospechoso no depende únicamente de criterios jurídicos; juegan también criterios de oportunidad y juicios de valor que deben ser realizados por un órgano distinto del Juez.

Y, por último, sin que pretenda ser exhaustivo, el juicio sobre la viabilidad de propuestas de convenio, sobre causas de la situación concursal, sobre medios de liquidar con la mayor eficacia posible, etc., incumbe al órgano que ha de ser el motor de las actuaciones judiciales.

En nuestro sistema actual coexisten dos concepciones sobre la forma de integrar ese órgano motor, según que se trate de la quiebra o del expediente de suspensión de pagos. Creemos que ni una ni otra han resultado satisfactorias, por lo que el análisis de la situación actual debe ser completada con referencias a otras concepciones distintas entre las posibles.

13. EL COMISARIO Y LA SINDICATURA COMO ÓRGANOS DE LA QUIEBRA.

En la concepción del Código de Sáinz de Andino, la liquidación del patrimonio del comerciante fracasado y su expulsión del ejercicio del comercio, incumbía a los propios comerciantes; se entendía que la quiebra de un comerciante afectaba no sólo a los intereses concretos de los acreedores sino además a los intereses generales del estamento empresarial. La dirección de la quiebra debía confiarse a quién inicialmente se llamó Juez Comisario, y luego Comisario a secas, con funciones delegadas del Juez de quién era representante; y la designación de la persona que había de desempeñar tan importante cargo debía recaer en un comerciante de la localidad, de la confianza de quién le designaba. Se esperaba de tal comerciante que asumiera la actividad del cargo por devoción a los intereses generales del comercio. Y, a su lado, otro comerciante debía hacerse cargo inicialmente de la dirección de los negocios del quebrado y de sus pertenencias, en calidad de Depositario Administrador.

Más tarde, aunque con la menor dilación posible, debían los propios acreedores proceder a la elección de quienes, entre ellos, debían hacerse cargo de la Sindicatura, como órgano motor de la actuación concursal. De los tres Síndicos, dos debían representar a la mayoría y un tercero a la minoría. Ahora bien; dado que las votaciones debían realizarse por quienes habían insinuado sus créditos en tiempo oportuno, antes de determinar qué valor tenían los títulos presentados por los acreedores comparecidos, y dado el procedimiento a seguir para la elección, qué pocas veces se han respetado las previsiones del legislador y cuántos abusos se han cometido y se vienen cometiendo en el nombramiento de Síndicos.

La realidad se ha impuesto sobre la teoría, de modo que los nombramientos de Comisario y Depositario-Administrador vienen hoy recayendo sobre profesionales, generalmente economistas, y los Síndicos, lejos de representar los intereses generales de la masa, sirven preferentemente los intereses del grupo o grupos que aspiran a controlar las actuaciones concursales y la liquidación del activo del quebrado.

Cuando se enjuicia el funcionamiento de una institución hay que dejar siempre aparte la rectitud de intención de muchas personas que pueden desempeñar los cargos con honestidad y eficacia; pero no es posible, en aras de este respeto, dejar de señalar abusos que existen en la realidad y cuyo riesgo está siempre presente.

La desconfianza y el pesimismo sobre el funcionamiento del sistema llevan consigo una doble consecuencia: la abstención de un gran número de acreedores, que estiman inútil perder tiempo asistiendo a Juntas convencidos de que nada van a percibir, y el incumplimiento de sus obligaciones por parte de quienes son deudores de la masa, convencidos de que, en muchos casos, nada les va a ser exigido.

Se dirá que, en definitiva, son los acreedores, a través de las Juntas que se convoquen, quienes deben decidir sobre la autenticidad de los créditos que se hayan insinuado y sobre la calificación de los mismos a efectos de establecer el orden y preferencia en los pagos; pero son los Síndicos quienes formulan las propuestas, que no son decididas por el Juez sino por los propios acreedores a través de un sistema de mayorías que conduce frecuentemente a decisiones arbitrarias. La actuación judicial, siempre **a posteriori**, no basta para remediar los efectos del sistema.

14. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL COMO ÓRGANO DE LOS EXPEDIENTES DE SUSPENSIÓN DE PAGOS.

El legislador de 1.922 fue, en este orden, más realista que Sáinz de Andino, y abandonó la concepción de dejar el control del juicio o expediente a la voluntad de los comerciantes que actuaran por su propio honor y espíritu. Si bien era lógico e inevitable que los acreedores decidieran sobre la propuesta de convenio, la determinación de si existía insolvencia definitiva o provisional -con su valoración del activo y juicio sobre el pasivo real- y la aprobación de las conductas comerciales y actos de disposición del comerciante no inhabilitado, fue-

ron confiados, como es bien sabido, a un órgano en que debían figurar dos profesionales de la confianza del Juez y un acreedor elegido por el propio Juez dentro del primer tercio de la lista presentada por el suspenso.

No es malo que los Interventores ayuden al deudor suspenso, sobre todo si éste aspira a la conservación de la empresa o muestra su voluntad real de pagar a sus acreedores en la mayor medida posible; pero el riesgo de que tal ayuda se materialice en un abandono de los intereses de los acreedores es ciertamente grave.

De una parte, la relación entre los profesionales y la empresa crea normalmente unos vínculos que explican que en las decisiones fundamentales se inclinen en favor del suspenso, del que además reciben su retribución, muy superior lógicamente a las cien pesetas diarias que se les asignó en la Ley de 1.922 y que no ha sido reformada. El interventor acreedor, en la práctica, es una figura irrelevante, que poca **intervención** tiene en el expediente, valga el juego de palabras.

En los últimos años, todo hay que decirlo, parece haberse serenado el ambiente, muy enrarecido antaño por los abusos, a veces notorios, que se produjeron y que contribuían al descrédito de los sistemas españoles de Derecho concursal.

15. SOLUCIONES ALTERNATIVAS.

En Derecho comparado existen sistemas que se han inclinado por la creación de cuerpos de funcionarios especializados, que asumen la tarea de gestionar los patrimonios en situación de crisis concursal y que se presentan como colaboradores de los Jueces.

Tal solución no parece hallar muchos adeptos en nuestra Patria; esto inclinó a los redactores del último proyecto oficial de reforma a proponer el reconocimiento de una sindicatura empresarial, sometida a inscripción en los Registros del Ministerio de Justicia y a inspección

administrativa, con incompatibilidades bien concretas, y de cuya lista pudiera el Juez, desde el primer momento del juicio, designar a quién debía desempeñar la Sindicatura. Las opiniones se hallaban divididas sobre la posibilidad de que pudieran inscribirse personas jurídicas, singularmente sociedades con limitación de responsabilidad; y más divididas se hallaban todavía, respecto de qué profesionales debían ser autorizados a participar en la labor de la Sindicatura, como personas físicas o socios de las personas jurídicas.

No voy a extenderme más sobre el tema, pero debe dejarse constancia de que el panorama actual no es satisfactorio y de que, en cualquier reforma, la conformación de los órganos motores de la actuación concursal condicionará fuertemente las posibilidades de éxito de la misma.

IV

SOBRE DETERMINADOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA.

16. LA RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA.

En nuestro Ordenamiento jurídico los efectos de la quiebra pueden retrotraerse, como es sabido, a todos los actos de administración y dominio realizados por el quebrado después del momento en que existió quiebra de hecho, o sea del en que efectivamente se produjo el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones.

No se trata únicamente de crear un período sospechoso en que se pueda pedir y obtener, por diversos procedimientos, la anulación de actos realizados en perjuicio de la masa; se trata de que **ex lege, potestate et auctoritate**, como declara la jurisprudencia del Tribunal Supremo, todos los actos de administración y dominio realizados luego de la quiebra de hecho y hasta que fue declarada de derecho son nulos radicalmente, sin posibilidad de subsanación, con independencia de la buena o mala fe del tercero adquirente y sin que quepa oponer siquiera la garantía que entraña normalmente el Registro de la Propiedad.

No existe por otra parte límite temporal previsto en la Ley, de modo que es el Juez quién debe señalar en qué momento se produjo

la quiebra de hecho, pudiendo abarcar el período un elevado número de años.

La gravedad de la medida estriba, además, en que la declaración de nulidad no comporta por parte de la quiebra la obligación de devolver el dinero pagado por el tercero adquirente del dominio o derecho real, como condición de pérdida del bien o derecho objeto del acto de disposición nulo; tales bienes o derechos pasan a la masa activa de la quiebra, y el tercero se convierte en acreedor de la masa y deberá percibir su importe en moneda de quiebra como los demás acreedores.

Para algunos autores, entre ellos el Maestro **GARRIGUES**, la declaración de nulidad, una vez devenida firme **dentro** del juicio de quiebra la fijación del momento inicial del período de retroacción, facultaría a los órganos de la quiebra para ocupar sin más los bienes o derechos afectados, sin necesidad de un previo proceso declarativo. La tesis, que nos parecía exagerada e inaceptable a muchos estudiosos, ha sido admitida por el Tribunal Supremo pero con una matización tan importante que destruye en realidad la propia tesis: la ocupación directa es posible, pero siempre que no se oponga el afectado, en cuyo caso hay que formular la reclamación por vía judicial en un proceso ordinario. Parece muy dudoso que algún expropiado se avenga a devolver el bien o a perder el derecho real sin que medien un proceso y una sentencia.

Claro está que la eficacia de la retroacción queda sujeta en la práctica a la prudencia y oportunidad de los órganos de la quiebra, ya que la Ley confiere legitimación para accionar únicamente a la Sindicatura y no a los acreedores individualmente considerados. El acto de disposición, hipotéticamente nulo, quedará indemne si los Síndicos no juzgan oportuna la ocupación o se abstienen de ejercitar la acción de retroacción.

Los acreedores pueden pedir al Comisario, y en su caso al Juez, que ordenen a los Síndicos ejercitar la acción; pero la solución en caso de connivencia de los Síndicos con los terceros, y más de un caso se ha dado en la realidad, es más teórica que real. Si quienes han

de dirigir el proceso son contrarios al ejercicio de la acción, es de temer que el resultado no será precisamente favorable a los intereses de la masa.

Esto ha llevado en algunos casos a poner término a la quiebra, o a algunas de sus secciones, por medio de un convenio, transfiriendo la legitimación para accionar a una Comisión liquidadora como órgano creado convencionalmente. De igual modo que el Tribunal Supremo ha reconocido la legitimación para accionar al Depositario-Administrador, como órgano que es de la quiebra antes de que tome posesión la Sindicatura, bien puede admitirse la legitimación de una Comisión liquidadora para accionar en retroacción, como órgano de la masa activa posterior a la extinción de la propia Sindicatura. La legitimación de la Comisión, no obstante, está hoy **sub iudice**.

17. CONSECUENCIAS DE LA RETROACCIÓN ABSOLUTA.

La breve síntesis que acabo de realizar basta, a mi juicio, para justificar la suspicacia con que es mirada la institución en España, ya que para los extranjeros resulta incomprensible.

Existe inseguridad jurídica para los propios acreedores, que no saben a ciencia cierta si la Sindicatura se avendrá a ejercitar la acción de retroacción, ni si luego el Tribunal que decida sobre ella va a considerar o no que el acto no debe entenderse nulo por haber sido realizado en interés de la masa.

Pero la inseguridad es total para los terceros. Cuando se formula al jurista español la pregunta de si la adquisición de un bien de quién figura como propietario en el Registro de la Propiedad, es segura e inatacable, la respuesta correcta sería, si el vendedor es comerciante, negar la inatacabilidad absoluta, ya que puede perderse el derecho en caso de quiebra del vendedor.

No es justo que una cadena de transmisiones inscritas en el

Registro de la Propiedad pueda quedar invalidada por haber sobrevenido una quiebra años después, sin tomar en cuenta la buena o mala fe de los adquirentes sucesivos.

Situaciones sangrantes se han producido con la aplicación rigurosa del artículo 878 del Código de comercio. Decretada la quiebra de una Cooperativa de crédito, los cooperativistas que habían efectuado retiradas de dinero de su cuenta corriente durante el período de la retroacción vinieron obligados a restituir las cantidades percibidas, sin poder compensarlas con los ingresos verificados durante aquel período; la razón radicaba en que, según los Estatutos de la Cooperativa, la retirada de fondos de la cuenta exigía la autorización del Consejo directivo de la Entidad, autorización que era una pura entelequia en la marcha de la misma antes de la declaración de quiebra. Pero se estimó que la autorización, expresa o tácita, era un acto de dominio o administración de la Cooperativa quebrada, y por ello nula de pleno derecho.

Sólo cuando los Tribunales de instancia aplicaron el mecanismo incluso a los descuentos de letras, con ingreso de la operación de descuento y retirada ulterior de los fondos obtenidos, el Tribunal Supremo tuvo que mitigar el rigor de la regla general y declarar que, en tales supuestos, no cabía beneficiar a la masa de acreedores con devolución del importe de las letras descontadas, cuando el principal de las mismas había sido percibido por la Cooperativa de los librados al llegar al vencimiento.

18. NECESIDAD DE LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE LA RETROACCIÓN.

¿Quiere esto decir que la retroacción absoluta debe desaparecer?. Para algunos así debería reformarse el régimen vigente, dejando únicamente en vigor la llamada **retroacción relativa**, que comprende determinadas operaciones realizadas por el deudor en períodos diversos antes de la declaración de quiebra, y que se rige con base en

presunciones de anulabilidad y puede hacerse efectiva por medio de diversos procedimientos, con mayores o menores garantías según los casos. Y siempre con una limitación temporal de dos años.

La retroacción relativa, prevista en nuestro Ordenamiento, no tiene hoy aplicación práctica; en primer término, porque si la cuenta para atrás se formula a partir de la declaración de quiebra, pierde todo sentido en el caso de que se hayan retrotraído los efectos de tal declaración en la llamada retroacción absoluta. Y si se cuenta la marcha atrás desde el momento en que se produjo la quiebra de hecho, la lejanía en el tiempo convierte a la retroacción relativa en inoperante en la mayoría de casos.

La retroacción absoluta, con fijación judicial del momento a que deban retrotraerse los efectos de la declaración de quiebra, debe mantenerse a juicio de muchos estudiosos, entre los que me cuento. Pero con unos condicionamientos precisos.

En primer término, la limitación temporal. El límite de dos años que señala el Código para la retroacción relativa parece un plazo correcto y bastante. Una superposición de garantía hipotecaria obtenida por un acreedor con anterioridad de más de dos años a la declaración de quiebra, podrá ser combatida por medio de una acción revocatoria o pauliana, pero no puede quedar afectada por la retroacción propiamente dicha.

En segundo término, no puede conllevar una nulidad radical oponible a los adquirentes bajo la fe del Registro y con buena fe, de terceros titulares distintos del quebrado. La nulidad o anulación, según los casos, debería afectar únicamente a la primera transmisión hecha por el quebrado, con obligación del primer adquirente de restituir a la masa la suma percibida por la segunda transmisión.

En último término, la sanción no puede ser siempre la nulidad absoluta e insubsanable ni aplicarse con generalidad a todos los actos de dominio o administración. Las presunciones de fraude, con sanción de nulidad absoluta, o las de anulabilidad, deberían combinarse de modo que el Juez pueda defender los intereses de la masa pero con derecho de defensa de los terceros afectados. Completado el sistema con una

armonización de procedimientos, declarativos o sumarios, según las diversas hipótesis.

La unidad de tipo de juicio concursal, que inicialmente hemos defendido, permitiría además utilizar siempre las acciones de retroacción, evitando aquellas hipótesis de suspensiones de pagos que tendrían, aunque fuesen **rara avis**, a la subsistencia de la empresa, y que se han hecho imposibles al no caber la retroacción de los bienes salidos de del patrimonio por inaplicabilidad de las acciones de retroacción.

19. AUSENCIA DE REGULACIÓN SOBRE DETERMINADOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA.

No puedo terminar la exposición sobre la situación de nuestro Ordenamiento concursal, aún tan sintéticamente realizada, sin referirme a cuestiones que carecen hoy de todo tratamiento.

En el Derecho comparado aparece con frecuencia la distinción de efectos de la declaración de quiebra según que se produzcan respecto del deudor o sólo respecto de la masa. En nuestro Ordenamiento se desconoce tal distinción, por falta además de una regulación minuciosa aunque no casuística.

Para poner un ejemplo, baste recordar el problema que suscita en la quiebra la aparición de acreedores que ostentan créditos en moneda extranjera. En los Derechos de nuestra familia jurídica, se suele computar los créditos en pesetas por el contravalor de la moneda extranjera en el día en que se declara la quiebra. Pero queda claro que tal cómputo se hace respecto de la masa únicamente y nunca del deudor; quiere ello decir que, respecto de los demás acreedores, el acreedor en moneda extranjera tendrá derecho de voto y de cobro atendiendo a aquella conversión de la moneda del crédito en **moneta fori**, pero si el deudor llegase a mejor fortuna, o cesara la situación de quiebra y restaran bienes o subsistiera la empresa, el deudor vendrá obligado a pagar al acreedor la diferencia entre el importe de la

conversión al cambio del día de la declaración de quiebra y la que resulte de aplicar el cambio del día en que se hiciera efectivo el cambio, previa la liquidación correspondiente. De otro modo, la declaración de quiebra podría suponer para el deudor un enriquecimiento injusto.

En la quiebra de la Barcelona Traction, a que me he referido ya anteriormente, se pretendía por la quebrada que la práctica totalidad de obligaciones, todas ellas en libras esterlinas, por lo menos en cuanto al principal, se computaran al cambio de la fecha de la declaración de quiebra, al igual que podría haberse hecho en Bélgica o en Francia. Pero no para establecer una paridad con los demás acreedores, que prácticamente no existían, sino para petrificar los créditos en beneficio de la entidad quebrada, convirtiendo los efectos en favor de la masa en efectos en favor del deudor, cosa que no habrían admitido el Derecho belga ni el francés.

Falta igualmente en el Derecho español un tratamiento moderno del efecto de la declaración de quiebra sobre las relaciones jurídicas que no se agotan en la existencia de una deuda y un crédito correlativo, sino que entrañan un haz de obligaciones recíprocas. Se trata, de una parte, de los que podríamos llamar relaciones de tracto sucesivo, como los contratos de suministro, los contratos de leasing, etc. La regla de que la declaración de quiebra provoca el vencimiento de las obligaciones pendientes requiere en justicia muchas matizaciones, en favor de la masa o en favor del tercero.

Las suspensiones de pagos o quiebras de promotores inmobiliarios, por ejemplo, han provocado problemas en el momento de determinar qué inmuebles debían ser considerados como parte integrante de la masa y cuáles debían ser excluidos, incluyendo en la masa la parte de precio pendiente de pago por los compradores. La teoría del título y el modo de adquirir, que en situaciones normales sirve de base para juzgar sobre la titularidad dominical del suspenso o del quebrado, no pueden ser utilizadas en justicia para privar a los compradores de pisos, apartamentos o locales, de los bienes adquiridos y cuyo precio se ha pagado parcialmente.

* * * * *

No quiero terminar mi exposición sin solicitar disculpas, de una parte, y renovar la expresión de mi gratitud por otra.

Disculpas, por el abuso de su paciencia ante una exposición en la que he querido únicamente mostrar una visión general del panorama que el Derecho concursal español nos ofrece, con sus luces y especialmente, por desgracia, con sus abundantes sombras. Visión descrita, como es lógico, desde mi punto de vista personal, adquirido en mi triple condición de docente y teórico, de profesional que ha participado en múltiples y a veces notorias situaciones concursales, y de modesto partícipe de comisiones para la reforma del Ordenamiento vigente.

El intento, como siempre que se sintetiza, puede quedar frustrado por la omisión de temas y problemas que quizá el oyente hubiese querido ver analizados sin que lo hayan sido. Pero la multiplicación de temas, en materia tan rica en situaciones, podría llegar a oscurecer el panorama, de modo que los árboles, al final, no dejaran ver el bosque.

Expresión de mi gratitud, nuevamente, a la Real Academia que me ha hecho el honor de acogerme, y a los Académicos que han querido admitirme como uno más de ellos, con mi ofrecimiento más sincero y decidido de colaboración en cuanto pueda resultar útil a la Corporación y a sus miembros. Y gracias a ustedes, señoras y señores, por la atención benévola que me han prestado.

DISCURSO DE CONTESTACIÓN POR EL ACADÉMICO NUMERARIO
EXCMO. SR. DR. DON LAUREANO LÓPEZ RODÓ

EXCELENTÍSIMO SEÑOR PRESIDENTE.

EXCELENTÍSIMOS SEÑORES ACADÉMICOS.

EXCELENTÍSIMOS E ILUSTRÍSIMOS SEÑORES.

SEÑORAS, SEÑORES:

Desde el punto de vista de nuestra Real Corporación, recibir en su seno a un Académico electo es una ceremonia jubilar y solemne que plasma y exterioriza el tradicional modo de renovación por el que alcanzan perennidad las Instituciones, en vivo contraste con la existencia pasajera de sus miembros. Y para el recipiendario, libremente elegido después de un examen minucioso de sus méritos, significa pública y autorizada proclamación de haber alcanzado el más alto nivel en la ciencia que cultiva. Uno y otro motivo de alegría se cumplen ciertamente en la sesión que estamos celebrando al incorporarse el Excmo. Sr. D. Jorge Carreras Llansana, para darle posesión de la Medalla número 44 de nuestra Real Academia.

El recipiendario nació en Barcelona en 1925, en cuya Universidad cursó la Carrera de Derecho y obtuvo en 1948 la Licenciatura con Premio Extraordinario. En 1951 se graduó de Doctor en la Universidad Complutense de Madrid con su tesis doctoral sobre **La tutela de los terceros acreedores en el proceso de ejecución singular**, con Sobresaliente **cum laude**. En 1952 fue Profesor adjunto de Derecho Procesal en la Universidad de Barcelona y seis años después ganó la

Cátedra de dicha asignatura en la Universidad de Granada. En 1961 pasó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, de la que fue Vicedecano en 1964 y Decano en 1966 hasta que, en 1973, fue nombrado Rector de la Universidad de Barcelona. A partir de 1974 ha sido titular de la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad Central barcelonesa, hasta su jubilación en 1991.

Se inició en el ejercicio de la Abogacía en 1948, fecha de su incorporación al Colegio de Abogados de Barcelona. Su bufete es uno de los más prestigiosos de España, como lo acredita el hecho de que actuó como Abogado del Gobierno español ante el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya en el asunto de la Barcelona Traction. Actualmente está colegiado como abogado ejerciente en los principales Colegios de España.

Entre sus numerosas publicaciones merecen citarse las que llevan por título **El embargo de bienes** (1957), el V volumen de **Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo** (1959), **Estudios de Derecho Procesal**, en colaboración con el Profesor Fenech (1962), **Naturaleza jurídica del órgano jurisdiccional** (1964), **Principio de prueba en las condenas sobre competencia territorial** en el mismo año 1964, **La jurisdicción de los Tribunales españoles en la quiebra de la Barcelona Traction** (1970), **Aspectos procesales de la retroacción de la quiebra** también en 1970, **El Juez ante la Ley** (1991) y un largo etcétera.

Además, ha participado en numerosos Congresos internacionales, entre ellos los del Instituto Internacional de Derecho Comparado en los años 1958 y 1959, el Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Venecia en 1962, en el que actuó como Ponente español, y en el Curso sobre “Ética comercial” de 1965, en el que desarrolló su Ponencia sobre “**Abusos en las suspensiones de pagos y en las quiebras**”.

El nuevo Académico es Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación y formó parte de la Ponencia que redactó el Anteproyecto de Ley Concursal.

Entre sus muchas y merecidas distinciones honoríficas, merece

destacarse el ser Doctor **honoris causa** por la Universidad de Navarra y haber sido condecorado con la Gran Cruz de Alfonso X el Sabio y la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort, entre otras.

Resulta patente que sus cualidades y merecimientos, de los que sólo he hecho referencia a los más destacados, le han abierto las puertas de esta Real Academia, en la que ingresa con el magnífico discurso que acabamos de escuchar sobre la **Situación del Derecho Concursal español**, tema del mayor interés que nadie mejor que el Prof. Carreras Llansana podía abordar, maestro de maestros en esta materia.

Las notas más destacadas de su espléndido discurso son, a mi juicio, la claridad, la amenidad y la fuerza dialéctica con que ha expuesto un tema de por sí árido e intrincado. Sólo un hombre con más de cuarenta años de labor docente y cerca de medio siglo de ejercicio de la abogacía, en plena madurez intelectual, como es el caso del Dr. Carreras Llansana, podía regalarnos con esta pieza oratoria y esta lección magistral.

Sería una temeridad por mi parte tratar de hacer una glosa siquiera somera del riquísimo contenido de la disertación del nuevo Académico. Pero el ritual del acto de ingreso de un nuevo miembro de esta Real Corporación exige que, a continuación del suyo, se pronuncie un discurso de contestación que, en este caso, la Academia me ha hecho el honor de encomendar. Me limitaré, pues, a abordar algún aspecto concreto que me ha suscitado su lectura.

Si decía Lope que en el teatro han de representarse en dos horas, desde el Génesis al Juicio Final, único modo de que se temple lo que él llamaba “la cólera de un español sentado”, mis palabras en esta ocasión habrán de ser breves.

El estudio del Derecho concursal presenta en la actualidad un panorama difícil para el jurista. Panorama difícil, digo; pero, a la vez, altamente sugestivo para el profesional del Derecho. Si la realización del Derecho, en general, constituye un esfuerzo de armonización de

interés contrapuestos, el objeto peculiar de la rama concursal obliga a acentuar el sentido de mesura y equilibrio con que debe abordarse el estudio de cualquier problema jurídico, al dirigirse hacia la tutela de intereses que por incidir sobre un patrimonio insuficiente están llamados a no quedar plenamente satisfechos.

Quizá en ningún otro campo como en los conflictos concursales resulta más fácil incurrir en el **summum ius, summa iniuria**. La decisión que, en definitiva, adopte el juez, ha de estar inspirada en criterios de prudencia aplicados a los casos concretos de la práctica cotidiana. Más que como **legisperito**, el juez ha de actuar como **jurisprudente**.

Entiendo que, desde la perspectiva de la Justicia, **-ars boni et aequi-**, es más conveniente la conservación de la empresa que su disolución y que, a la hora de optar por una u otra solución, habrá que contrapesar los perjuicios y los beneficios potenciales de los acreedores, de una parte y, de otra, los perjuicios y beneficios económicos de los trabajadores, de los proveedores, de los consumidores y, en suma, del interés general.

El Prof. Aurelio Menéndez, en una reciente disertación en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, todavía no

publicada, hace especial hincapié en la necesidad que tienen los juristas de la asistencia de economistas y expertos financieros “La asistencia de economistas, afirma, es esencial para determinar la solución adecuada del concurso de acreedores (**lato sensu**), es decir, para orientar la solución de la crisis por el cauce del convenio, de la liquidación o incluso de la reorganización empresarial. La decisión judicial debe contar necesariamente -aunque no sea de forma exclusiva- con un juicio técnico de viabilidad de la empresa, riguroso y serio”.

En esta misma línea me permito subrayar que el estudio de la vertiente económica de la institución adquiere cada día mayor relevancia. El análisis económico del Derecho resulta un instrumento auxiliar que facilita la detección del problema, su tratamiento y solución. A título de ejemplo, el conocimiento de los costes de información, de transacción o de negociación, o el estudio de los mecanismos que

proporciona el mercado como instrumento de reasignación de recursos son aspectos que cada día están llamados a tener mayor importancia en el momento de adoptar la decisión jurídica más adecuada, armonizando justicia y menor coste económico. La aportación de datos estadísticos sobre los resultados de la aplicación de una solución jurídica es el elemento que más claramente revela la bondad o el error del tratamiento. Gran parte de los últimos estudios sobre la materia se orientan precisamente en esta dirección.

Otro aspecto de actualidad en el que quisiera detenerme es la situación de riesgo para los acreedores que se produce como consecuencia de la denominada infracapitalización nominal de la sociedad.

Es una práctica usual, más frecuente fuera de España que en nuestro país, utilizada particularmente por empresas multinacionales, el operar con un capital mínimo y financiarse en proporciones desorbitadas mediante créditos de terceros. En algunos países la relación entre capital propio y recursos ajenos procedentes de préstamos, está limitada legalmente por un determinado coeficiente. En España no existe esta limitación.

Es también frecuente que, ante la necesidad de dotarse de medios económicos para el desarrollo de las actividades sociales, en vez de acudir al aumento de capital, los socios realicen préstamos u operaciones análogas a favor de la sociedad, con lo que quedan convertidos en acreedores de la propia sociedad. Se genera así una situación de riesgo para los terceros acreedores que desencadena toda su virulencia en las situaciones de insolvencia. En ese momento, el socio-acreedor concurre a la ejecución colectiva por su crédito frente a la sociedad, vulnerando así las normas sobre formación, integridad y garantía del capital social, en fraude de terceros.

La infracapitalización nominal tiene su **habitat** natural en las sociedades pequeñas o cerradas y en los grupos de sociedades, en que la relación y el conocimiento mutuo entre los socios facilita este tipo de prácticas.

La solución de las situaciones que derivan de la infracapitalización nominal podría consistir, siguiendo el ejemplo del Derecho alemán,

en que ciertos créditos de los socios contra la sociedad y sus garantías queden postergados respecto de los créditos de los terceros acreedores; a la vez que se extienda la responsabilidad de los socios a los bienes prestados por ellos mismos a la sociedad. En definitiva, se daría a estos créditos un trato semejante al que les correspondería con arreglo a la disciplina del capital social, cuyas normas deben ser las únicas aplicables. El socio siempre debe ser tratado como tal y no como acreedor de la sociedad.

La necesidad de dar respuesta legislativa a estas situaciones es urgente, a fin de reforzar la confianza en la función de garantía del capital social. Por esta razón resulta desconcertante que la norma relativa a esta cuestión, que figuraba en el Proyecto, haya sido eliminada en el texto definitivo de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995. La extrañeza sube de punto si se tiene en cuenta que sobre la materia existe unanimidad de criterio, aunque se discuta sobre el lugar adecuado de su regulación: ley concursal o ley de sociedades.

Otro de los aspectos a que voy a referirme es la necesidad de modificar el orden de prelación establecida en el Derecho vigente, que responde al mantenimiento de diversos privilegios que, si históricamente han tenido algún significado, en la actualidad carecen de justificación. Dentro de ellas merece mención aparte la hipoteca, que al excepcionar el principio de la **par conditio creditorum**, es utilizada por los acreedores más avisados como medio de poner ciertos créditos a salvo de los riesgos de la ejecución universal; a la vez que la ejecución separada del crédito hipotecario puede comprometer la subsistencia de la empresa en los casos de insolvencia provisional. El problema que el Prof. Carreras Llansana ha denominado “superposición de garantía hipotecaria” merece ser destacado, al abrir un debate valiente sobre una cuestión especialmente polémica: en efecto, es preciso conciliar, la seguridad máxima que en todo caso debe proporcionar al acreedor esta forma de garantía, con los riesgos de su utilización abusiva y en detrimento del conjunto de acreedores.

El trato de privilegio de la hipoteca aún se ha acentuado por la Ley

de 14 de mayo de 1986 al modificar el artículo 131 de la Ley Hipotecaria relativo a los procedimientos sumarios de quiebra o concurso.

Las relaciones con el Registro de la Propiedad son tan complejas que han dado lugar a doctrinas contradictorias del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con la importantísima cuestión de si los efectos de la retroacción de la quiebra alcanzan al tercero hipotecario (el subadquirente del quebrado que inscribe en el Registro de la Propiedad). La resolución de esta cuestión es de extraordinaria urgencia: la adquisición de la vivienda, que para muchas familias españolas constituye normalmente el acto de mayor trascendencia económica que van a realizar, no puede verse afectada por la amenaza de una posible declaración de quiebra del promotor. Y no debe olvidarse la necesidad de que los afectados tengan oportunidad de ser oídos antes de la declaración, como exige el artículo 24 de la Constitución.

Debe subrayarse, además, la paradoja que representa la retroacción de la quiebra, tal como se entiende hoy, con la protección que se pretende otorgar a los adquirentes de bienes y servicios frente a los productores y empresarios desde la perspectiva del todavía naciente Derecho del Consumo, llamado a tener cada día una mayor incidencia en la ordenación de las relaciones de la empresa con sus clientes.

De otra parte, el régimen de los contratos bilaterales o sinalagmáticos en el Derecho positivo vigente dista de ser satisfactorio. Es dudoso el tratamiento aplicable al contrato que se encuentra en fase de ejecución, tanto respecto del contratante **in bonis** como respecto del no quebrado. Las cuestiones que se plantean entonces son numerosas:

- si se produce el vencimiento del contrato como consecuencia de la declaración de quiebra;
- si los Síndicos como representantes del quebrado pueden optar entre seguir cumpliendo el contrato o dejar de cumplirlo;
- si el contratante **in bonis** puede utilizar las medidas de protección generales del artículo 1124 del Código Civil (posibilidad de oponer la **exceptio non adimpleti contractus** o pedir el cumplimiento o

la resolución, con indemnización de daños y abono de intereses en ambos casos);

- cuál es la posición del contratante no quebrado: si puede seguir ejecutando el contrato y ejercitar sus derechos frente a la Sindicatura;

Cuestiones complejas todas ellas que precisan de urgente solución, más aún si se tiene en cuenta que este tipo de contratos son frecuentísimos en la vida empresarial.

Por último, en relación con la referencia que el beneficiario ha hecho a la intervención del Ministerio Fiscal en los juicios concursales, me permitiría señalar que la figura y las atribuciones del Ministerio Fiscal en esos procesos han sido, en buena parte, clarificadas por la Circular de la Fiscalía General del Estado de 6 de abril de 1995, si bien, como indica el ilustre letrado catalán Romá Más i Calvet en el prólogo a la segunda edición de la obra “La suspensión de pagos”, de Torres de Cruells, publicada en el año recién transcurrido, en dicha Circular, “se han dejado varios cabos sueltos; quizá así sea mejor, pero seguirá discutiéndose si el expediente (de la suspensión de pagos) debe enmarcarse en la jurisdicción contenciosa o en la voluntaria, seguirá sin solución el abuso de las suspensiones de pagos sucesivas para burlar a los acreedores e impedir las quiebras, etc.”

Es hora de terminar de ya.

Nuestro nuevo Académico ha expuesto con gran precisión los puntos principales sobre los que ha de versar la reforma. No ha rehuído dar una respuesta concreta a los graves problemas que tenemos delante sino que los ha afrontado con valentía y con sentido práctico, fruto de su ciencia y experiencia. El Prof. Carreras Llansana, al apuntar las soluciones que debieran adoptarse, hace gala de lo que mi inolvidable maestro, el Dr. Joaquín Dualde, denominaba “sentido común sometido a alta presión”, tan necesario a todo jurista que se enfrenta a los problemas de la realidad social y económica porque, como, afirma el Profesor Alvaro D’Ors, “el sentido común es la verdadera filosofía de los juristas”.

La verdadera Ciencia del Derecho emana de la autoridad de los

juristas y no del capricho del Poder. Desgraciadamente no resulta hoy del todo inexacta la conocida frase, un tanto hiperbólica, de Von Kirchman: “un plumazo del legislador y bibliotecas enteras, a la basura”. Por fortuna, se atisba un renacer del papel preeminente de los juristas a medida que se acentúa la crisis de la prepotencia estatal.

No me cabe duda de que ese concienzudo estudio de un jurista de la talla del recipiendario habrá de tener gran eco en los ambientes jurídicos y ojalá también lo tenga en los Cuerpos Legislativos. De seguirse las claras directrices marcadas por el Dr. Carreras Llansana, no ocurriría lo que preocupaba a Hirsch: que una nueva Ley sea un disparo en la oscuridad si el legislador no es capaz de prever ni de calcular los efectos que puede producir a aquéllos a quienes está destinada.

En nombre de esta Real Corporación, doy la bienvenida al nuevo Académico. Todos sus miembros nos felicitamos de que haya correspondido tan dignamente a nuestro llamamiento. Tenga la seguridad el Prof. Carreras Llansana de que en esta Casa ha de encontrar estímulos y colaboraciones para proseguir su fecunda labor de jurista insigne.

