

Rf/ Congreso de Mendoza
VII° C. Argentino de D° Concursal
V° C. Iberoamericano Insolvencia
4-7, Octubre, 2.009
Conferencia: El concurso como proceso. Visión europea
(30 minutos)

EL CONCURSO COMO PROCESO

VISIÓN EUROPEA

José Luis Vázquez Sotelo
Catedrático de Derecho Procesal
Abogado

SUMARIO.- I. El concurso como fenómeno económico productor de múltiples consecuencias jurídicas e institución compleja, poliédrica y multidisciplinar. II. El concurso como procedimiento. III. El concurso como procedimiento judicial. IV. El concurso como proceso. Refutación de su pertenencia a la jurisdicción voluntaria. V. Naturaleza jurídica del proceso concursal y de la sentencia que declara la quiebra. Construcciones doctrinales. 1. Proceso de ejecución. 2. Proceso declarativo-constitutivo. 3. Proceso cautelar. 4. Procedimiento de jurisdicción voluntaria. 5. “Juicio universal”. V. El proceso concursal como proceso complejo, con función y finalidades múltiples, que incluye múltiples procedimientos. VI. El motor del proceso concursal: la acción concursal y la legitimación para su ejercicio. Precisión sobre la terminología “concurso voluntario” y “concurso necesario”. VII. El principio dispositivo y el de aportación de parte. VIII. Proceso concursal y litispendencia. IX. Acumulación de procesos concursales. X. Descripción del procedimiento concursal. 1. Los inconvenientes de aplicar a la quiebra la formación de autos propia del procedimiento civil ordinario. 2. División del proceso concursal en múltiples “secciones” o procedimientos específico. 3. Ordenación sistemática de los autos y tramitación simultánea de los procedimientos. 4. Secciones o piezas fundamentales del procedimiento del concurso. 5. Escritura y oralidad. XI. Aspectos económicos del proceso concursal

I. LA QUIEBRAS COMO FENÓMENO ECONÓMICO Y JURÍDICO Y COMO INSTITUCIÓN ESPECÍFICA, POLIÉDRICA Y MULTIDISCIPLINAR.

1. Durante muchos años se ha sostenido en España una apasionada polémica sobre la pertenencia de la quiebra al derecho sustantivo o al derecho procesal. En los programas académicos la materia se estudiaba como perteneciente al Derecho mercantil y al Derecho procesal, a base de distinguir los aspectos sustantivos y los aspectos procesales. En los programas de Derecho procesal la quiebra y el concurso, junto con sus instituciones preventivas, se estudiaban en el apartado correspondiente a la ejecución general, caracterizada porque comprendía a todos los acreedores y recaía sobre todo el patrimonio del deudor, a diferencia de la ejecución singular, que era promovida solo por algún acreedor y que se proyectaba solo sobre el bien o los bienes del deudor que resultasen suficientes para pagar al acreedor.

Aquel planteamiento metodológico de escindir la quiebra entre los ordenamientos material y procesal a base de distinguir los aspectos sustantivos y los procesales era errónea al fundarse en una distinción artificial, refutada en la teoría general del derecho desde que a partir de la segunda mitad del siglo XIX fue necesario abandonar la atribución de carácter “adjetivo” a las normas que regulan la tutela de los derechos e intereses en el proceso, como había pretendido Savigny en su famoso “Sistema” y la prestigiosa doctrina pandectística que siguió el planteamiento metodológico del fundador de la Escuela Histórica.

En las últimas décadas aquella concepción tradicional se ha superado. Los problemas que se debaten son otros bien distintos y mucho más importantes que las clásicas cuestiones dogmáticas que si interesan poco a la regulación legal interesan todavía menos en la realidad.

El concurso debe ser considerado hoy una institución poliédrica. Cada una de sus caras representa una de las finalidades del concurso, de modo que la regulación legal no solo atiende a la *liquidación* del patrimonio sino que asume otras finalidades, alguna de las cuales ha pasado a tener una importancia de primer orden, como es el *saneamiento y la conservación* de la empresa para evitar su desaparición. Esa finalidad sanadora y conservativa, que exige sacrificios a los acreedores, pugna abiertamente con la tradicional finalidad liquidadora.

En consecuencia, hoy debe defenderse que la quiebra o concurso debe estudiarse como institución interdisciplinar o multidisciplinar porque todas las caras de ese poliedro atienden no solo a los aspectos sustantivos y procesales sino a otros que han cobrado gran protagonismo, como son las repercusiones que en el ámbito de la economía nacional tienen los concursos de grandes empresas o su incidencia en la prestación de servicios públicos y en los aspectos laborales o fiscales.

2. Durante años también se discutió vivamente en España si la quiebra era un estado económico o una situación jurídica. La legislación mercantil distinguía entre comerciantes “atrasados” (que pasaban por una dificultad de pago solo momentánea que no les obligaba a “hacer punto” en su negocio porque su patrimonio era muy superior a

sus deudas) y los verdaderos “insolventes”, cuya situación de balance negativo les impedía continuar. Se concluía que solo deberían ser declarados en quiebra los segundos pero no los simplemente “atrasados”.

La cuestión se debatió a fondo en una famosa quiebra de dimensiones transnacionales y que además arrastraba implicaciones políticas. Fue la quiebra de la B.T. (“Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.”, si bien el proceso afectaba también a otras sociedades: Chade, Sofina, Sidro, Cade). El debate enfrentó a los mejores mercantilistas y procesalistas del momento (Garrigues, Uría, Polo, Guasp, Ballbé, Prieto-Castro, García Valdecasas, entre otros). Podemos decir que ante los tribunales triunfó la tesis de que la quiebra es un estado o situación que ha de ser judicialmente declarada y que sin tal declaración judicial no existe. Y que aunque normalmente la quiebra se declara sobre el fundamento económico de la insolvencia (reflejada al exterior por los “hechos externos” que se consideran indicadores de la insolvencia), si un comerciante insolvente, con sacrificio de sus propios bienes o de los de sus familiares o amigos, puede evitar el sobreseimiento general en los pagos no debe ser declarado en quiebra, mientras que sí lo será el que cese o sobresea en el pago de sus obligaciones corrientes aunque tenga escondido un enorme patrimonio. Y si es declarado en concurso pero afianza generosamente todo el pasivo que le reclaman sus acreedores, la quiebra debe ser revocada y la LEC. española anterior a la Ley Concursal vigente permitía al deudor no solo oponerse a la declaración sino “pedir la reposición del auto de quiebra” impugnándolo mediante un recurso de esa denominación (en más de una ocasión así se hizo, vg. en la quiebra de Viladomiú, un fabricante catalán de camisas, solicitada Zaragoza en cuyo Juzgado presentó un afianzamiento bancario de todas las supuestas deudas cuyo impago había motivado la declaración del concurso).

Se debatió también intensa y apasionadamente si la quiebra era una institución sustantiva (mercantil) o procesal, o si participaba de los dos ordenamientos. Podemos decir que hoy aquéllos debates doctrinales están pacificados y se acepta que el concurso es una *institución específica*, de gran *complejidad*, a cuya regulación concurren los dos ordenamientos sustantivo y procesal, que debe ser estudiada como materia *interdisciplinar* y merecer cursos y congresos de especialización, pero que solo hay quiebra o concurso cuando así se haya declarado siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

II. EL CONCURSO COMO PROCEDIMIENTO

Es fácil aceptar que la antigua quiebra, que hoy llamamos concurso, es un proceso. Es una tesis de aceptación general que sin declaración judicial no hay concurso. Insolventes puede haber muchos pero solo están en quiebra o concurso aquéllos a los que un juez haya declarado en tal estado.

Esos trámites lealmente establecidos integran cuando menos un procedimiento. Y si el procedimiento cursa ante un juez que interviene como tal, tomando acuerdos y dictando resoluciones típicamente judiciales, contra las cuales se interponen recursos, es indudable que estamos ante un proceso: el proceso judicial de concurso de acreedores o antigua quiebra. Por lo tanto, podíamos dejar sentada la afirmación de que el concurso es un proceso judicial y pasar a ocuparnos de cómo es ese proceso.

Sin embargo de inmediato vemos alzarse un obstáculo en esta reflexión. Sin invadir el espacio reservado al otro Ponente, para la visión iberoamericana, se puede afirmar que frente a los sistemas de concurso judicial, hay legislaciones en Europa y en Iberoamérica que conducen los concursos por medio de procedimientos administrativos, a los que se prefiere encomendar el tratamiento jurídico de las insolvencias. El procedimiento administrativo puede ser más flexible y adaptarse a las circunstancias de cada caso mejor que el procedimiento judicial, dada su mayor rigidez en las formas. En principio más rígidos. Existen legislaciones que combinan el procedimiento administrativo con la intervención del juez, el cual debe quedar siempre como órgano de tutela jurídica de último grado.

Esta observación nos lleva a la necesaria conclusión de que puede haber concursos o quiebras que se sustancien sin procedimiento judicial, sino tan solo mediante los procedimientos administrativos preestablecidos. No faltan legislaciones modernas que establecen un procedimiento administrativo que puede ir seguido del procedimiento judicial.

En tales casos no se puede hablar del concurso como proceso y tampoco del concurso como procedimiento judicial, sino del concurso como procedimiento. Pero la actuación administrativa en estos supuestos es siempre reglada, no discrecional y los funcionarios que intervienen en el procedimiento del concurso han de actuar rigurosamente sometidos a las prescripciones legales y al procedimiento previamente establecido por el legislador. Por eso se puede concluir que el concurso exige, como mínimo, un procedimiento.

Aunque ha habido algún autor que habla de procesos administrativos al lado de los procesos jurisdiccionales, la doctrina procesal es prácticamente unánime al sostener que el proceso es el instrumento propio y exclusivo de la jurisdicción, que son dos términos correlativos, de modo que no hay proceso si está ausente la figura del juez. Administrativamente hay “procedimientos”, porque la actuación de los órganos administrativos es reglada y está sometida a la ley. Por ello, cuando no hay proceso ni procedimiento judicial, en el concurso hay siempre un *procedimiento* que a su vez puede encerrar múltiples procedimientos, en todo caso sometidos al control último que en un Estado de Derecho corresponde siempre a los jueces y tribunales.

Podemos entonces concluir con esta primera tesis: *el concurso es un proceso o, como mínimo, un procedimiento.*

III. EL CONCURSO COMO PROCEDIMIENTO JUDICIAL

El procedimiento administrativo del concurso está encomendado y es dirigido por funcionarios administrativos especializados, como sucede en otras materias, vg. los procedimientos de expropiación,

Pero también puede concebirse, al menos teóricamente, que el procedimiento esté encomendado a un juez. Tendríamos entonces un procedimiento judicial, aunque no todavía un proceso jurisdiccional. Esto sucedería si la actuación del juez en las quiebras o concursos correspondiese a la llamada “jurisdicción voluntaria”, a semejanza del juez que aprueba como testamento ológrafo un documento manuscrito por el testador, o realiza una determinación de herederos abintestato o cuando declara la ausencia legal de

alguna persona no presente o cuando reconoce una mercancía cuya venta no puede retrasarse o documenta y constata una avería comunicada por un naviero.

Con la Ley española de suspensión de pagos de 1922, derogada por la Ley Concursal de 2003, se discutió largamente si el juez actuaba “inter volentes”, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, o coercitivamente, “inter nolentes”, como es propio de las actuaciones de la genuina jurisdicción pleonásticamente llamada contenciosa. Convendrá recordar aquí que el punto de vista doctrinal que sostiene que la quiebra supone actuaciones de jurisdicción voluntaria ha sido sostenido por autores de indudable peso doctrinal como fueron Carnelutti y D’Avack. De ser así, el concurso se nos presenta no todavía como un proceso pero sí como un *procedimiento judicial*.

Si esta construcción es o no correcta es algo que solo puede responderse a la vista de cada legislación. La respuesta depende no de que un juez intervenga en el procedimiento sino de lo que haga y de los efectos que deriven de su actuación. Si el juez en un concurso se limita a recibir la solicitud del deudor o de los acreedores y a nombrar administradores o depositarios y a presidir formalmente juntas de acreedores, aprobando los acuerdos que en ellas se adopten, es difícil sostener que esté ejerciendo auténtica jurisdicción y podemos situar su actuación dentro de la jurisdicción voluntaria.

Por lo tanto, podemos afirmar que, como mínimo, el concurso exige siempre un procedimiento, sea un procedimiento administrativo o un procedimiento judicial, después de los cuales debe quedar siempre abierta la vía del control jurisdiccional de los jueces y tribunales del Estado. En todo caso, un procedimiento tiene que mediar porque los procedimientos constituyen hoy la forma reglada de actuar de la Administración.

En realidad en esta afirmación hay poco de nuevo, si se recuerda aquella reflexión tantas veces recordada de Charles Peguy, que plantea el carácter universal de los procedimientos: “he aquí el firmamento; todo lo que hay debajo de él es procedimiento”.

IV. EL CONCURSO COMO PROCESO. REFUTACION DE LA OPINIÓN QUE CONSIDERA EL CONCURSO COMO PERTENECIENTE A LA JURISDICCION VOLUNTARIA.

1. En Europa, las legislaciones concursales más importantes, configuran el concurso como un auténtico proceso judicial, en el que el juez actúa como titular de la potestad jurisdiccional, pronunciando resoluciones netamente judiciales, contra las cuales se suele admitir recurso, que ganan fuerza de cosa juzgada, adoptando medidas cautelares o ejecutivas, actuando plenamente la potestad jurisdiccional.

Poco importa que en el proceso concursal existan no uno sino múltiples procedimientos (uno para la declaración del concurso; otro para la administración de los bienes; otro para el reconocimiento de los acreedores; otro para su clasificación o prelación; otro u otros para el posible convenio y otro para la liquidación y pago). Tal pluralidad de procedimientos es intrascendente para configurar el concurso como un verdadero proceso, ya que han sido siempre algo típico de la quiebra o concurso, dado el volumen que suelen tener y su complejidad. Los procedimientos que alberga en su interior el proceso de quiebra pueden recordar a un sistema nervioso. Pero todos los procedimientos se integran en el único juicio o proceso concursal, en el cual actúa un juez, como titular de la jurisdicción, con la asistencia del secretario judicial y de los oficiales de la secretaría, como corresponde a las actuaciones jurisdiccionales genuinas,

las cuales se desarrollan en las sedes y oficinas de los órganos jurisdiccionales (a salvo la celebración de juntas de acreedores si son muy numerosos, en cuyo caso puede ser necesario utilizar un gran salón de un hotel o incluso un centro de congresos).

En la actual legislación concursal existe una clara tendencia a favorecer los *acuerdos extrajudiciales* del deudor con sus acreedores, ya sea para evitar que se desencadene el concurso o para poner fin al procedimiento del concurso ya declarado. Ejemplos de acuerdos preventivos y de acuerdos de convenio se ofrecen, vg. por la más reciente legislación italiana o francesa y por la legislación argentina, uruguaya y brasileña. Pero la facilitación de acuerdos no obsta a la configuración del concurso como procedimiento judicial..

Es también intrascendente el grado de intervención judicial o del “activismo judicial”, que podrá ser mayor o menor, como lo es el grado de autonomía que el legislador deje a los acreedores reunidos en su órgano colegiado (la junta de acreedores) para adoptar acuerdos y alcanzar incluso un convenio con el deudor que ponga fin al procedimiento. En este extremo las legislaciones difieren, en función del mayor o menor grado de judicialización del procedimiento concursal y de concesión de mayor o menor libertad de acuerdos a los acreedores y al deudor.

2. Destacados mercantilistas y procesalistas han sostenido que la quiebra supone ejercicio de la llamada “jurisdicción voluntaria”. Esta construcción tuvo inicialmente buena aceptación entre los concursualistas alemanes (v.g. Kleinfeller, aunque ha gozado siempre de predicamento el punto de vista que considera el concurso como manifestación de la ejecución, según defendió en el siglo XIX Wach en su “Manual” y más tarde Jaeger) y también en la doctrina italiana (D’Avack y Carnelutti), a base de distinguir entre un “deudor que *puede pagar pero no quiere*” (lo que es propio de la ejecución ordinaria) y el “deudor que *quiere pagar pero no puede*” (supuesto que abre el proceso concursal). Hay que decir que el pensamiento de Carnelutti evolucionó entre considerar la quiebra como proceso de ejecución o como formando parte de la jurisdicción voluntaria, como hizo también con el proceso penal acudiendo a la idea de “arrepentimiento”.

A pesar del prestigio doctrinal de sus mantenedores, esta construcción debe ser rechazada porque las actuaciones judiciales en el procedimiento de la quiebra no van destinadas a documentar o autorizar ciertos actos jurídicos o a realizar declaraciones judiciales de valor interino, sino que se hacen declaraciones sobre un nuevo estado jurídico, se adoptan medidas precautorias o cautelares, se secuestran o embargan los bienes del concursado y, salvo que se acuerde un convenio, se liquidan los bienes del deudor y con el importe obtenido se paga a todos los acreedores en proporción a sus créditos y a su clase o preferencia. Las resoluciones judiciales acaban causando estado y se hacen inmodificables. Todo esto no sería posible si el procedimiento de quiebra en lugar de un juicio fuesen procedimientos de jurisdicción voluntaria.

En los sistemas legislativos en los que el concurso se plantea y sustancia por los cauces de los procedimientos judiciales, con control y decisión del juez, la tesis de su configuración como procedimiento de jurisdicción voluntaria no resulta admisible, sobre todo cuando el concurso es solicitado por los acreedores, que han de justificar la concurrencia de los supuestos que permiten que el estado de quiebra sea oficialmente declarado, con los importantes efectos legales que siguen a la declaración. Incluso cuando la iniciativa del concurso la toma el deudor común (concurso llamado voluntario) no por eso puede decirse que el juez actúe como lo haría en un expediente de jurisdicción voluntaria, porque la solicitud o demanda de concurso (con independencia de que la presente el deudor o los acreedores) desempeña el papel que

corresponde a la demanda en todo proceso civil o mercantil, que es el primer presupuesto de todo proceso: *nemo iudex sine actore*. Se da incluso la circunstancia de que en el procedimiento del concurso el juez tiene incrementados sus poderes procesales frente a los que normalmente le corresponden en un proceso civil.

En una quiebra o concurso el juez pronuncia auténticas resoluciones que son ejecutivas y que están destinadas a alcanzar la fuerza de la cosa juzgada, lo que sería impropio de un expediente de jurisdicción voluntaria. En el procedimiento del concurso hay verdaderas “partes”, los acreedores comparecidos lo son y el deudor también lo es (tanto si es él quien pide el concurso como si se ve arrastrado a él por la acción de sus acreedores) y todos ellos pueden actuar como verdaderas partes, con todos los derechos procesales a ellas correspondientes, interponiendo recurso contra las resoluciones que consideren que son desfavorables. La actuación judicial en un concurso es incompatible con las facultades del juez en un expediente de jurisdicción voluntaria.

Rechazado ese planteamiento, a pesar de sus ilustres defensores, llegamos a la conclusión de que el concurso es un verdadero proceso judicial o jurisdiccional, aunque debamos reconocer su especificidad y su complejidad.

V. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO CONCURSAL Y DE LA SENTENCIA QUE DECLARA LA QUIEBRA. CONSTRUCCIONES DOCTRINALES

En la doctrina mercantil y procesal del siglo XX se discutió apasionadamente sobre la naturaleza jurídica del proceso de quiebra y de la sentencia que la declara. Era una época dominada por las precisiones dogmáticas. Preocupaba definir con una sola palabra o categoría de las conocidas lo que fuese una figura jurídica determinada. El derecho concursal está tan en contacto con la realidad económica y con las exigencias políticas que se presta muy poco a las construcciones dogmáticas y lo que hoy preocupan son otros problemas relacionados no con dogmas sino con el funcionamiento eficiente de las instituciones.

En los debates (en Alemania, en Italia, en Francia o en España) participaron eminentes mercantilistas y procesalistas que defendieron sus puntos de vista contrapuestos. Todas las construcciones doctrinales tienen un fundamento serio, como corresponde a los eminentes autores que las han defendido. Sin embargo, ninguna de las construcciones logra dar una explicación completa y satisfactoria de todos los aspectos de la quiebra y de todos los efectos que desencadena la resolución judicial que la declara.

Exponer los planteamientos doctrinales y someterlos a la necesaria crítica exigiría mucho tiempo. Me limitaré a indicar las principales construcciones doctrinales:

1. PROCESO CAUTELAR

El más ilustre defensor de esta opinión han sido Calamandrei y D’Avack.

La declaración del concurso desencadena toda una serie de efectos de gran trascendencia que afectan a los bienes del deudor, también a su persona, a los

acreedores y a los contratos o negocios jurídicos en curso. Es como un “vendaval de efectos” o, si se quiere, un “tsunami”.

Entre esos efectos los cautelares tiene sin duda una importancia capital, porque son los que permiten retener todos los bienes del deudor para comenzar a formar la llamada masa activa. En el auto en el que se declaraba la quiebra y hoy el concurso, el juez acuerda la ocupación y secuestro de todos los establecimientos y bienes muebles e inmuebles del deudor. Por lo tanto se dice que la finalidad primordial de la sentencia o resolución que declara el concurso es la cautelar.

Pero aunque sea cierto que la medida inicial más importante que se adopta es la ocupación de todos los bienes del deudor, lo que supone un “secuestro” de esos bienes, previamente el juez comienza declarando el estado legal y judicial de quiebra. El pronunciamiento declarativo de la quiebra o concurso es previo a todos los demás.

Las medidas cautelares son solo provisionales e instrumentales, al servicio de las medidas de ejecución, que en definitiva son las verdaderamente importantes.

2. PROCESO DE EJECUCIÓN ESPECIAL O COLECTIVA

1. Es sin duda una de las construcciones más extendida y aceptada. Es una explicación válida, cuando menos como punto de partida.

En el concurso, salvo que se alcance un convenio para salvar la empresa, saneándola para que pueda proseguir su actividad, todo lo que se actúa va orientado a la liquidación de todos los bienes que integran el patrimonio del deudor para distribuir su importe entre todos sus acreedores según el reconocimiento y graduación de créditos previamente practicada.

Este fin último del concurso se alcanza aplicando los instrumentos procesales propios del proceso de ejecución, que no son meras declaraciones sino manifestaciones de voluntad, actos físicos y coercitivos de desapoderamiento del deudor, embargo y realización o subasta de los bienes y pago a los acreedores por su orden. Aunque, por las peculiaridades de la quiebra, se suele añadir que se trata de un *proceso de ejecución especial*.

Se explica que en esta explicación militen tantos prestigiosos autores como en la doctrina alemana Jaeger y en la doctrina italiana Satta, Provinciali y Azzolina. Todos proclaman que la quiebra es un proceso especial, pero no declarativo sino de ejecución, aunque constituye “una categoría especial” de proceso civil de ejecución.

2. Otros autores, aceptando también que se trata de un proceso de ejecución, lo matizan como una *ejecución colectiva y general* porque implica a todos los acreedores del deudor común y se proyecta sobre todos los bienes realizables del deudor, descansando en el principio de la “comunidad de pérdidas” enunciado en el aforismo de la “*par conditio creditorum*”.

Este punto de vista, que no difiere mucho del anterior, es sostenido en la doctrina española por dos grandes mercantilistas españoles como fueron los profesores Garrigues y Uría; por grandes procesalistas como Guasp y Prieto-Castro, así como por García Valdecasas en su Dictámen a la quiebra B.T. ya referida; en la doctrina italiana por Navarrini y Brunetti, en la doctrina iberoamericana los mercantilistas Rodríguez, Apodaca y Vargas.

El *carácter colectivo y general* de la quiebra se proyecta en los principios de *unidad* (un solo procedimiento para cada concursado), *universalidad* (comprende todos los acreedores y todos los bienes del deudor), *colectividad* (que impide puedan seguirse

al margen de la quiebra ejecuciones aisladas o individuales, impedidos por la *vis atractiva* del proceso concursal) e *igualdad* (el concurso coloca a todos los acreedores en pié de igualdad frente al deudor común: la *iuis paris conditionis creditorum* o, abreviadamente, *par conditio creditorum*, aunque trato igual no significa pagar a todos los acreedores la misma cantidad sino en la misma proporción según la graduación que establece la ley).

3. PROCESO DECLARATIVO O DECLARATIVO-CONSTITUTIVO

1. Ahora bien, aunque exista esa gran coincidencia doctrinal de procesalistas y mercantilistas en atribuir al concurso la condición de un estado jurídico que necesita ser judicialmente declarado, a partir del cual se inicia una ejecución colectiva, general y universal, sometida a los principios que quedan indicados, no puede desconocerse la evidencia de que ante todo la sentencia o auto que declara la quiebra contiene ante todo un pronunciamiento netamente declarativo, que es la cabeza de todo el vendaval de efectos que la declaración del concurso desata a continuación para el deudor, para sus bienes, para los acreedores, para los contratos, etc.

La evidencia de que todo el proceso de la quiebra o concurso se inicia con un pronunciamiento declarativo, que debe tomarse como “*prius*” explicativo explica que hayan surgido posiciones doctrinales defendiendo que, ante todo, la declaración de quiebra encierra un pronunciamiento declarativo del nuevo “*status*” jurídico, que es la “*madre*” de todos los efectos que se desencadenan a continuación. Con mucha frecuencia quienes defienden que la quiebra encierra un proceso de ejecución universal y colectiva comienzan haciendo referencia al pronunciamiento declarativo que debe preceder a ese proceso de ejecución.

2. Dentro las acciones y sentencias declarativas en sentido amplio se abre una triple clasificación, de gran importancia por ser distintos sus efectos.

Las acciones y sentencias *declarativas* “*lato sensu*” se distinguen las *merodeclarativas* o declarativas en sentido estricto, *constitutivas* y las *de condena*. Se trata de saber a qué grupo pertenece la resolución que declara el concurso. Y hay acuerdo doctrinal en que es un pronunciamiento o resolución *constitutiva* porque cambia la situación jurídica o estado anterior del concursado, para su capacidad de obrar, para sus contratos en curso, para sus créditos y deudas, configurando un estado jurídico nuevo. Por eso se trata de un *pronunciamiento constitutivo de creación de un estado jurídico nuevo* (hay resoluciones constitutivas de creación, de modificación y de extinción de una situación jurídica precedente).

La resolución que declara el concurso al ser constitutiva tiene *eficacia* “*ex nunc*”, en tanto que si se tratase de un genuino pronunciamiento declarativo su eficacia sería retroactiva o “*ex tunc*”. Un nuevo estado jurídico solo puede producir efectos para el futuro puesto que antes no existía.

3. Sin embargo, debido a las peculiaridades o especificidades de la quiebra hay legislaciones que configuran una etapa en la actividad del deudor, denominada “*período sospechoso*”, durante el cual el deudor ha podido realizar actos de disposición u ocultación fraudulenta de sus bienes en perjuicio de sus acreedores, permitiendo la ley al juez que al declarar la quiebra o concurso lleve sus efectos hacia atrás,

comprendiendo el período sospechoso que la propia ley concursal determina o que permite que sea fijado por el juez en atención a las circunstancias acreditadas. La LC española ha prescindido de la retroacción automática de los efectos de la quiebra que establecía la legislación antigua, sustituyendo la retroacción *ipso iure* por *acciones de reintegración* reguladas en el art. 71 y 72, que permiten impugnar los contratos que sean perjudiciales para el concurso realizados por el deudor en los dos años anteriores, acciones de impugnación y reintegración cuyo ejercicio facilita la propia ley mediante el establecimiento de presunciones legales del perjuicio patrimonial.

4. PROCESO DE CREACIÓN DE UN TÍTULO EJECUTIVO EN BLANCO

Como un desarrollo y matización de la construcción anterior, se ha sostenido por autores tan autorizados como Liebman que la sentencia o resolución que declara la quiebra lo que hace es crear un título ejecutivo en blanco, que debe ser concretado mediante los actos de ejecución que siguen a la declaración.

La sentencia o auto de quiebra abre una ejecución indeterminada. Es como un título ejecutivo en blanco, a concretar mediante las operaciones que siguen a la declaración, que exigen, de una parte, la ocupación e inventario de los bienes del deudor y, de otra, la relación de los acreedores debidamente “reconocidos” y clasificados o “graduados” según dispone la ley, para pagarlos en la proporción que resulte posible.

No puede dudarse de que esta explicación tiene un gran fondo de verdad.

5. “JUICIO UNIVERSAL”

1. Es de aceptación general que el concurso es una manifestación del llamado “juicio universal”, un tipo de proceso civil que se contraponen a los “juicios singulares”, que versan sobre uno o varios créditos concretos y se proyectan sobre uno o varios bienes concretos. Por el contrario, caracteriza a los juicios universales que se refieren a todos los acreedores del deudor común y se proyectan sobre todos los bienes que integran su patrimonio, los cuales (después de haber sido ocupados o secuestrados en la actuación cautelar) quedan afectados a la ejecución acordada. En el museo de las figuras procesales hay muy pocos juicios que puedan considerarse universales. Suelen citarse solo dos: uno es el juicio universal de quiebra; el otro es el juicio universal de testamentaria o de abintestato, para distribuir la totalidad de una herencia entre todos los herederos testamentarios o legalmente declarados.

El carácter universal del juicio de quiebra anticipa su complejidad y a veces su enorme volumen. Lo que ha obligado a los legisladores a establecer diversos hilos procedimentales para la sustanciación simultánea y paralela mediante las “secciones” en las que se divide el procedimiento, como indicaremos después.

V. EL CONCURSO COMO PROCESO COMPLEJO E INSTITUCION POLIÉDRICA, CON FUNCION Y FINALIDADES DIVERSAS QUE INCLUYE MÚLTIPLES PROCEDIMIENTOS.

1. Es necesario huir de la lógica del sujeto-predicado, que con una sola palabra pretende definir situaciones de gran complejidad”. Es la lógica aristotélica, escolástica, de tanto abolengo, que se empleó especialmente en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. Como ejemplo puede servir las interminables discusiones sobre el concepto de jurisdicción, a base de una sola nota definidora (la independencia del órgano, la imparcialidad del juez, la fuerza de cosa juzgada de las resoluciones...cuando la jurisdicción es todo eso junto). Mejor un método enriquecedor que sume las varias notas que deben concurrir.

La quiebra o concurso es una figura poliédrica que participa a la vez de varias finalidades y utiliza a la vez varias técnicas jurídicas y procesales: la declaración de un estado jurídico, fundado en una situación económica que se demuestra cuando menos mediante hechos exteriores e indiciantes: de igual modo que el humo indica el fuego la no atención de los pagos corrientes puede ser un hecho exterior que indique la insolvencia. La declaración produce importantes efectos para el deudor, incluida su pérdida de legitimación patrimonial para ejercer el comercio, así como para los acreedores e incluso para algunos terceros; afectando también a las operaciones jurídicas o negocios del deudor. Como consecuencia de la declaración judicial del concurso se procede a la ocupación o secuestro de los bienes del deudor (que integran la llamada “masa activa”) y a su depósito y conservación y a veces a su realización anticipada; todos los acreedores son llamados al único proceso de quiebra, en el que se van a reconocer y a clasificar sus créditos, graduándolos para proceder después a su pago aunque con la posibilidad de que en lugar de la liquidación el proceso sea conducido a un “convenio” que evite la destrucción de la empresa y permita su reflotamiento o saneamiento y en cuyo proceso, al final, se califica la actuación del deudor a los efectos de depurar sus posibles responsabilidades en caso de que su actuación pueda merecer reproche jurídico.

2. Todo lo que se hace en una quiebra excede de lo que es propio de un juicio o proceso declarativo ordinario, ni de los llamados “de cognición” ni de los “de ejecución”. Si la diferencia entre estos es la utilización por el juez de declaraciones o pronunciamientos, en el primer caso, o de manifestaciones o actos físicos o reales, en el segundo caso, es evidente que en el procedimiento del concurso concurren ambas: el juez declara o reconoce créditos o los deniega, declara preferencias, ordena la ocupación de los bienes, nombra encargados judiciales para que colaboren en la marcha del procedimiento, manda vender los bienes y ordena hacer pagos.

Todo lo cual nos conduce a reconocer que estamos ante una institución específica y poliédrica, que atiende a varios fines, mediante un proceso complejo dentro del cual existen varios procedimientos, cada uno con una finalidad concreta. La complejidad ya la utilizó en el Siglo XVII el gran concursalista Salgado de Somoza que utilizó la metáfora del “laberinto” para describirla, porque en efecto en el concurso, tanto si es necesario como si es voluntario, pueden existir tantas relaciones jurídicas que en conjunto recuerden a un sistema nervioso. De todas las finalidades del proceso concursal sin duda la de ejecución o realización de los bienes del deudor cobra especial protagonismo y a su servicio y para su eficacia se acuerdan las medidas cautelares de ocupación y aseguramiento de los bienes. El proceso concursal de un deudor es único y tiene “vis atractiva” respecto de cualquier ejecución separada que pueda intentarse, salvo las excepciones taxativamente establecidas en la ley. Es un proceso de ejecución colectiva y universal, porque comprende a todos los acreedores y se proyecta sobre todos los bienes que integren el patrimonio del deudor. Pero junto con esa finalidad liquidadora, que es la finalidad tradicional, en los concursos de nuestros días se atiende

también a la salvación o conservación de la empresa, como centro organizado de trabajo y producción, que puede afectar a muchos trabajadores que tienen en ella su trabajo y su medio de subsistencia económica y que puede tener además gran valor e importancia económica y política, asumiendo la regulación del concurso la finalidad de conservarla, saneándola previamente incluso con sacrificio de los acreedores y con ayudas públicas, en su caso.

Por todas estas notas, que podemos considerar universales ya que se dan en todas o casi todas las legislaciones, el concurso debe considerarse como un proceso específico y complejo, de ejecución colectiva y universal, en el que, al principio del proceso y no al final, se dicta la sentencia o auto de quiebra, declarando el concurso, con efectos constitutivos múltiples, se acuerdan medidas cautelares y asegurativas sobre todo el patrimonio del deudor, se reconoce a los acreedores y se clasifican sus créditos y se procede a realizar todas las operaciones de ejecución que conduzcan a la liquidación de los bienes para pago de los créditos según la proporción y orden legalmente establecidos, a no ser que se haya podido alcanzar un convenio entre acreedores y deudor que evite la liquidación y permita la continuación de la empresa.

Es una definición descriptiva que no oculta ninguna de las notas, fines y funciones que concurren en el proceso concursal.

VI. JURISDICCION ORDINARIA O ESPECIALIZADA

En muchos países los procesos de quiebra se encomiendan a los jueces civiles que reúnan la competencia objetiva y territorial. Como cualquier otro proceso civil o mercantil. En algunos países (España, por ejemplo) ha existido una “jurisdicción del comercio” para los asuntos mercantiles, entre ellos las quiebras.

Pero en los modernos Estados de Derecho, a cuyo frente se pone una Constitución, las “jurisdicciones especiales” chocan contra la unidad del Poder Judicial, que suele proclamarse en la Ley Fundamental como uno de los tres poderes del Estado. Y este principio constitucional no permite las antiguas “jurisdicciones especiales”. En España, anticipándose a esta tendencia moderna, ya en el siglo XIX, en 1868, se promulgó el famoso Decreto de Unificación de Fueros que prohibió los fueros especiales, entre ellos los tribunales de comercio, dejando subsistentes solo y con muchas limitaciones los fueros militares de guerra y marina. A la luz de la Constitución vigente en España, hoy no es posible reinventar una jurisdicción especial para el derecho mercantil o del comercio ni, consiguientemente, para las quiebras o concurso.

Pero el principio de unidad de jurisdicción no se opone a que existan *Jueces especializados*. Son jueces como todos los demás integrados en el orden jurisdiccional, solo que con los conocimientos especiales que conviene tener para intervenir en las quiebras o concursos. Lo importante no es que el juez sea “especial” (no tiene por qué serlo) sino que posea los “conocimientos especiales” necesarios para ser verdaderamente competente en las materias de por sí tan complejas (mercantiles, civiles, fiscales, económicas) como las que es preciso utilizar en un concurso.

Uno de los grandes aciertos de la Ley Concursal española de 2003 fue la segunda Ley que acompaña a la Concursal, con jerarquía de Ley Orgánica precisamente porque puede afectar a la LOPJ, que creó los Juzgados de lo Mercantil, como órganos especializados en las materias del concurso. Se han instalado en las capitales más importantes en las que, por ser zonas industriales o de mucho comercio, tradicionalmente ha habido mayor número de quiebras.

Para la Segunda Instancia también se ha impuesto la “especialización de una Sala” para conocer de los recursos de apelación en materia concursal (y en otras cuya competencia también se ha atribuido a los Juzgados de lo Mercantil).

La especialización permite una Jurisprudencia de calidad. La experiencia española de los Juzgados Mercantiles solo tiene el inconveniente de que acaso se le han atribuido excesivas materias lo que, unido a que la crisis económica desencadenó un número enorme de concursos, ha producido la saturación y a veces el colapso de los nuevos Juzgados.

La especialización se obtiene mediante cursos de formación de jueces y seleccionando a los jueces mediante concursos específicos. En España se hizo así con los Magistrados del orden contencioso-administrativo ya hace años y su resultado ha sido magnífico.

Las Salas del Tribunal Supremo son salas especializadas en materias civiles, penales, administrativas, laborales, lo que permite una jurisprudencia de más calidad.

Mucho antes de que el legislador la haya implantado, la especialización ya se había inventado en la práctica. Vemos que no todos los profesionales son Abogados concursales, sino que solo algunos entre los habilitados para ejercer se consideran “especialistas” y son los que suelen encargarse de estos procesos en sí complicados. Y en los Tribunales, antes de que la ley lo haya establecido, ya, por medio de la distribución o “reparto” de los asuntos, se especializaba una o varias salas, a las que se remitían todos los recursos para que pudiesen elaborar una jurisprudencia de calidad, como sucede también con otras materias como los procesos de familia o los arrendamientos, etc.

En Brasil, se comienza ahora a especializar a los jueces para conocer de los concursos.

En países donde del concurso conoce el juez común, como sucede en Chile y en Colombia, existe una figura desconocida en otros países, vg. en España. Es el “Intendente de quiebras o concursos”, un funcionario especialmente competente en estas materias que interviene en los procesos no como un auxiliar del juez ni como un perito sino con una función autónoma, que le permite emitir dictámenes y asesorar al órgano judicial.

VII. EL MOTOR DEL CONCURSO: LA ACCIÓN CONCURSAL Y LA LEGITIMACIÓN PARA SU EJERCICIO. CONCURSO “NECESARIO” Y CONCURSO “VOLUNTARIO”. LEGITIMACIÓN DEL MF E INCOACIÓN DE OFICIO.

Siendo el concurso un proceso mercantil o civil en sentido amplio, su motor tiene que ser el ejercicio de la acción concursal por alguna de las personas legitimadas para entablarla.

1. *Legitimación de los acreedores.* Los legitimados naturales para solicitar la quiebra o concurso de un deudor común son sus acreedores insatisfechos. Los acreedores quieren cobrar lo que se les debe según acreditan sus títulos. Si han intentado cobrar acudiendo a ejecuciones individuales y no han encontrado bienes propiedad del deudor que puedan ser embargados, el siguiente paso, ante ese indicador de insolvencia, es solicitar la declaración de quiebra del deudor. Incluso sin haber intentado

previamente la ejecución, si hay otras evidencias de que el deudor ha cesado o sobreseído en el pago de sus obligaciones de un modo general, también pueden los acreedores pedir que sea declarado su concurso fundándose en tal sobreseimiento en los pagos.

Como es sabido, esta primera modalidad recibe el nombre de “concurso necesario”, porque el deudor se ve forzado a ella.

2. *Legitimación del deudor.* El deudor debería ser la parte demandada y sin embargo también puede convertirse en actor. Es una de las varias especialidades que se observan en todas las regulaciones concursales que no se dan en el proceso civil o mercantil común y que demuestran la especificidad del proceso concursal.

Las legislaciones mercantiles legitiman al propio deudor común para solicitar su declaración en concurso, cuando, viendo que no le es ya posible o no lo será próximamente atender el pago de sus obligaciones corrientes, acude al juez declarando su situación de imposibilidad de pagar, poniendo ante el Juzgado todos sus bienes a disposición de sus acreedores, indicando cuales son y los bienes con los que cuenta para pagar.

Esta modalidad, al ser promovida por el propio deudor, es conocida con el nombre de “concurso voluntario”.

Ahora bien, al pedir ser declarado en concurso el deudor inicialmente es el actor. Pero solo inicialmente tiene esa cualidad. Puede, vg. recurrir la resolución judicial si deniega su petición y puede aprovechar la presentación de su petición de concurso para en los días que medien hasta la resolución judicial tratar de vencer la resistencia de uno o varios acreedores que se resisten a alcanzar el convenio extrajudicial que les ha propuesto. Pero, admitido el concurso y comparecidos los acreedores la circunstancia de que el concurso se haya iniciado a petición del deudor común no invierte las posiciones que acreedores y deudor deben tener en el procedimiento y no libra al deudor común de las posibles responsabilidades en que haya podido incurrir, a dilucidar en la sección de calificación. De igual modo, si promueve algún “incidente concursal” él podrá ser la parte demandante en ese procedimiento incidental, pero sin perder su cualidad general de deudor común en el proceso concursal.

Que el deudor que desea cumplir, en la medida en que sus circunstancias se lo permiten, tenga que acudir al juez, declarando sus bienes y cuales son sus acreedores, y solicitar su declaración en concurso, es otra de las notas que definen la singularidad del proceso concursal que no existe en ningún otro proceso civil, en los cuales hay siempre uno o varios demandante frente a uno o varios demandados, con la posible intervención posterior de terceros.

3. *Crítica de la terminología de concurso “necesario” y “voluntario”, “masa activa” y “masa pasiva”.* a) Las dos modalidades suelen estar admitidas por todas las legislaciones comerciales, siendo conocidas en la terminología forense como concurso “necesario” (si lo solicitan los acreedores) y concurso “voluntario” (si lo pide el deudor). La reciente Ley Concursal española utiliza reiteradamente esta terminología (vg. arts. 22 y 40). La denominación se explica porque en el primer caso el deudor se ve compelido a la declaración en concurso (contra cuya petición suele oponerse por todos los medios a su alcance) mientras que en el segundo caso la declaración en concurso no tiene que superar la oposición del deudor, que es quien lo solicita. Se trata de una terminología muy implantada y de utilización cotidiana. Sin embargo hay que decir que, si se tiene en cuenta la regulación legal, es una terminología errónea por partida doble.

La llamada quiebra o concurso “voluntario” en realidad no lo es, porque el legislador impone al deudor el deber de solicitar su declaración en concurso cuando en un plazo que la ley señala (que a veces puede ser muy breve, como en la redacción original de la LC española, que establecía dos meses) advierta o deba advertir que no podrá seguir cumpliendo con sus deberes de pago corriente. Se trata de un deber jurídico y no una simple recomendación o consejo del legislador, porque incumplir ese deber suele llevar aparejadas consecuencias sancionadoras o perjudiciales (por ejemplo, la LC española considera el incumplimiento de dicho deber una presunción de actuación culpable a la hora de calificar el concurso). Esta observación nos lleva necesariamente a la conclusión de que el concurso por iniciativa del deudor no es tan “voluntario” como podría creerse.

Por el contrario, el concurso “necesario”, a petición de los acreedores, en realidad, jurídicamente, es voluntario, porque nadie obliga a los acreedores a reclamar su crédito poniendo en marcha los mecanismos del concurso. Los derechos de crédito son disponibles y sus titulares los reclaman si quieren y en la medida que quieran, pudiendo renunciar a ellos en todo o en parte (a salvo de que la renuncia pueda hacerse en fraude de acreedores).

A pesar de la utilización legal de la terminología, jurídicamente es errónea y debería ser al revés de cómo se emplea por la ley y en la práctica forense: el concurso promovido por el deudores “forzoso”, si quiere evitar las sanciones que pueden producirse, mientras que el concurso promovido por los acreedores es “voluntario”, ya que nadie les obliga a presentar su demanda acreditando la situación de insolvencia o de cesación de pagos. No obstante, la terminología está tan arraigada que su utilización es buena para entendernos.

b) La terminología “masa activa” y “masa pasiva” es puramente contable, pero está muy difundida entre los economistas y en la práctica forense, por lo que sirve para entendernos, aunque jurídicamente sea una terminología errónea.

Contablemente se llama “masa activa” al conjunto de bienes porque representa el “haber” con el que se cuenta para pagar los créditos reconocidos y graduados que son el “debe” y de ahí que se denominen “masa pasiva”. Jurídicamente, en cambio, la masa de bienes es la que soporta los actos de ejecución concursal. En cambio a la masa de créditos y sus titulares los acreedores les corresponde la iniciativa en la incoación y desarrollo del concurso, en cuyo proceso son la parte activa. Realizada esta advertencia el uso de la terminología contable tan acreditada en el foro sirve también para entendernos.

4. *Legitimación del MF (o MP)*. Las legislaciones suelen legitimar junto a los acreedores para instar la declaración de quiebra al Ministerio Público (la Fiscalía). En Italia la declaración de “fallimento” puede ser pedida por los acreedores y por “requesta del Ministero Público” (art. 6: la redacción anterior en vez de “requesta” decía “istanza”). Siendo autoridad pública se le atribuye legitimación activa y el consiguiente poder de iniciativa para pedir la declaración del concurso o el procedimiento “prefallimentare”. Otras legislaciones solo legitiman al Ministerio Fiscal para intervenir en la sección de calificación del concurso, ante la posibilidad de que haya sido provocado por actuaciones fraudulentas o imprudentes del deudor. La LC española se suma a este criterio (art. 4), aunque permite que el MF, si tiene conocimiento de hechos que puedan ser reveladores del estado de insolvencia de un responsable penal, debe pedir al juez que comunique los hechos al juez de lo mercantil e incluso puede también informar a los acreedores, si constan en la causa penal, para que puedan promover la

declaración de concurso. En la sección de calificación el MF. emite el dictamen establecido en el art. 169 en el que expone los hechos que han conducido a la quiebra y las personas implicadas, para determinar a la vista de las causas y circunstancias que llevaron a la bancarrota, si el concurso debe calificarse como imprudente, fraudulento o fortuito, a los efectos de incoar la causa penal.

El sistema de la ley española de intervención limitada del MF en el proceso de quiebra puede considerarse adecuado. Aunque es cierto que puede permitir las confabulaciones entre el deudor con algunos de sus acreedores para ocultar hechos que podrían ser delictivos, también los otros sistemas que legitiman plenamente al MP son contradictorios con las posibilidades de convenios que se admiten al deudor y a sus acreedores.

5. *Iniciativa judicial.* El juez interviene como tal en todo el proceso concursal. Dicta la sentencia o auto de quiebra, además de otras muchas resoluciones interlocutorias y aprobatorias de acuerdos. El hecho de que la resolución más importante, que es la sentencia declarando el concurso, se dicte al principio y no al final del procedimiento (como sucede en los demás procesos civiles) es otro indicador de la singularidad del proceso concursal, como lo es que el procedimiento no finalice por sentencia sino por actos de ejecución, liquidación y pago a los acreedores, o por resolución que apruebe el convenio alcanzado.

Pero hay legislaciones que permiten al Juez tomar iniciativas para la declaración del concurso. La LEC española de 1881, que regulaba el concurso para deudores civiles y la quiebra para comerciantes, permitía al juez, como excepción al principio de justicia rogada, dos iniciativas que le permitían actuar de oficio, a prevención, en un proceso sobre derechos civiles. Una de ellas se refería a la “prevención de oficio de un abintestato” (una persona que fallece durante un viaje y deja objetos de valor sin que se sepa por el momento quienes pueden ser sus herederos). La otra era la actuación de oficio para adoptar medidas de aseguramiento (con función cautelar) cuando recibía la noticia de que un comerciante había huido o desaparecido abandonando sus establecimientos, almacenes y oficinas, sin dejar a nadie al frente. Esta iniciativa había que vincularla históricamente con el comerciante “fugitivus” de las fuentes medievales en el que se veía a un posible delincuente. Pero la actuación del juez era solo a prevención, para aseguramiento, y en el primer caso cesaba tan pronto compareciesen los herederos para hacerse cargo de los bienes y en el caso del comerciante huido tan pronto los acreedores solicitasen la declaración de la quiebra.

En la legislación italiana, el art. 6 de la Ley de quiebras de 1942 autorizaba la “iniciativa oficiosa”. Pero la Reforma de 2006 la ha suprimido y solo queda alguna hipótesis residual de iniciativa oficial.

La legitimación del juez para iniciar el proceso concursal se contradice con el principio cardinal del proceso civil, condensado en el brocardo *nemo iudex sine actore*, y en dicho alemán “ningún juez sin actor” (no puede haber juez donde no hay actor). Contradice también la exigencia de imparcialidad de todo juez, rigurosamente exigida por la jurisprudencia europea, que no permite intervenir al “juez contaminado”, objetivamente implicado en el asunto sobre el que tendrá que decidir. Se explica por esto que esta vía de incoación del proceso concursal haya sido suprimida con la última reforma de la legislación italiana.

Por otra parte, la legislación mercantil comparada admite –y es una tendencia– los “acuerdos privados” entre el deudor y los acreedores para evitar iniciar el concurso o para ponerle fin, junto con los acuerdos extrajudiciales homologados judicialmente.

VIII. PRINCIPIOS DISPOSITIVO Y DE APORTACIÓN DE PARTE. ESCRITURA Y ORALIDAD

1. Los principios fundamentales del proceso civil, el dispositivo (del que deriva la llamada “justicia rogada”) enunciado en el axioma *nemo iudex sine actore* rige en el proceso concursal aun cuando algunas legislaciones reconozcan iniciativas al juez del concurso bien para poner en marcha el procedimiento o para adoptar medidas cautelares. Así la legislación italiana, recientemente modificada que ha suprimido la incoación de oficio, remitiéndose a la acción del Ministerio Público, y la Ley concursal española.

2. La *verhanlungmaxime* o “principio de negociación por las partes”, o “principio de aportación por la parte” o de la sustanciación del proceso por las partes, también rige en el proceso concursal aunque tenga las especialidades derivadas de la complejidad de la quiebra.

3. Los procedimientos concursales son preferentemente escritos. Si la quiebra es importante hay que manejar ingentes cantidades de documentos. No obstante, las Juntas de acreedores se celebran bajo el principio de oralidad. Con frecuencia se registran en medios de conservación y reproducción de la palabra, sin perjuicio de que se levante acta de la junta y de que pueda haberse previsto y autorizado la presencia de un fedatario público para documentar lo sucedido y los acuerdos adoptados.

A pesar de que la Ley de Enjuiciamiento Civil adoptó la oralidad como principio fundamental del procedimiento civil en primera instancia (aconsejado por la Constitución como principio informador, de carácter general) y la LC. consecuente con ese criterio dispuso que en el incidente concursal se celebrase una “vista” para oír las alegaciones de los abogados, la Reforma del RDL 3/2009 suprimió la celebración de la vista porque (en una época de grandes retrasos de los Juzgados y Tribunales) la celebración de la vista retarda la conclusión y resolución del incidente.

Pero la reforma ha sido errónea porque después de la demanda incidental y su contestación y tras la recepción de las pruebas practicadas al prescindir de la vista debería añadirse un trámite alegaciones finales que para celeridad podría hacerse por escrito y en un plazo común, que ayudaría al juez y evitaría posibles olvidos o indefensiones.

IX. LITISPENDENCIA CONCURSAL

La litispendencia define el conjunto de efectos procesales y sustantivos que en un proceso civil o mercantil siguen a la admisión de la demanda, cuya admisión a trámite produce un efecto bloqueador de la relación jurídica planteada en la demanda, que queda conservada inalterada, por lo que impide la apertura de un ulterior proceso con el mismo objeto y entre los mismos litigantes ante el mismo o en distinto juez o

tribunal. Como es sabido, se trata de un remedio preventivo para evitar que puedan producirse dos o más cosas juzgadas que puedan resultar inútilmente reiterativas o incluso contradictorias.

La litispendencia concursal no solo tiene aplicación en el derecho interno de los estados (impidiendo la apertura de un concurso de la misma sociedad si ya ha sido declarado anteriormente y está en curso), sino que también puede tener aplicación como litispendencia internacional en los concursos o quiebras transfronterizas, que cada día irán siendo más frecuentes a causa de la facilidad de intercambios comerciales y de la supresión de barreras arancelarias o fiscales entre los estados. Siendo el concurso una manifestación del “juicio universal”, es claro que debe desarrollarse ante un único juez o tribunal, sin que el mismo empresario o deudor deba ser sometido a dos o más declaraciones de quiebra.

X. ACUMULACIÓN DE PROCESOS CONCURSALES

La acumulación de procesos no es frecuente en los concursos. No obstante no es imposible que pueda tener que acudir a la acumulación, que se muestra especialmente útil para resolver los problemas del concurso de “grupos de sociedades”, cuando un entramado de sociedades está manejado por una persona o sociedad de control y la legislación concursal no tiene prevista la “extensión de la quiebra a las sociedades que integran el grupo”. En tales casos, para lograr que los efectos de la quiebra se extiendan también a otra sociedad del grupo (que suele ser la que ostente la titularidad del patrimonio) lo procedente es pedir también la declaración de quiebra de la segunda sociedad (los fundamentos de la ya declarada ayudarán para obtener esa nueva declaración) y después solicitar la acumulación de los dos procesos de quiebra.

(Así, por ejemplo, en el caso de la quiebra de las sociedades del “grupo Brokers” SA.y “Carivin” SA. La primera era la sociedad “madre”, en la que constaban los acreedores, pero los administradores habían situado el patrimonio en la sociedad “Carivin” SA. la cual como sociedad de tenencia de inmuebles no tenía deudas. Después de obtener la declaración de quiebra de la primera sociedad (en la que estaba la masa pasiva) se solicitó la de la segunda, como sociedad patrimonial en la que estaba la masa activa, y a continuación, para poder realizar las operaciones de reconocimiento, graduación, liquidación y pago de los créditos, se solicitó (y se obtuvo) la unión de las dos quiebras en un solo procedimiento, con una única administración).

XI. DESCRIPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Procede ahora que nos enfrentemos con la descripción de ese proceso complejo, contestando a la pregunta ¿ como es el procedimiento del concurso ?.

Inicialmente podríamos decir que el concurso, como proceso judicial, aunque sea complejo o complicado por su contenido y por las múltiples relaciones que se establecen, y aunque pueda ser muy voluminoso, es como cualquier otro proceso civil.

Pero esta tesis pronto se advierte que debe ser abandonada por la inadecuación de los trámites del procedimiento civil ordinario a las exigencias del proceso concursal.

1. INCONVENIENTES DEL PROCEDIMIENTO CIVIL ORDINARIO

Un procedimiento civil ordinario comienza por demanda, que se presenta acompañada con sus documentos, de la que se confiere traslado a los demandados para que la contesten y presenten sus documentos. Sigue después un trámite previo en los procedimientos escritos de excepciones dilatorias o su equivalente audiencia previa en los procedimientos de sustanciación oral, destinado a despejar los obstáculos que puedan impedir la válida prosecución del litigio. Se recibe después la prueba y sigue un trámite de alegaciones finales para pasar a pronunciar la sentencia.

Imaginemos lo que serían los autos de un proceso de quiebra en los que poco después de su declaración llegasen a diario al juez los escritos y la documentación más diversa: el deudor formulando oposición a la declaración de quiebra; centenares o miles de acreedores insinuando sus créditos, pretendiendo ser reconocidos; terceros reclamando el cumplimiento de los contratos que tienen pendientes de ejecución; la adopción de las medidas asegurativas que se hayan acordado para conservar el patrimonio del deudor, etc.

Si los autos de una quiebra se formasen así, siguiendo un criterio cronológico, la consulta y el estudio del proceso resultaría sumamente complicado. Es posible que la resolución de un recurso que haya podido interponer el quebrado apareciese a centenares de páginas de la resolución recurrida existiendo en el medio la documentación más diversa. La lectura y la consulta de los autos se haría muy difícil.

2. DIVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN SECCIONES DE ORDENACIÓN SISTEMÁTICA Y DE TRAMITACIÓN SIMULTÁNEA. FUNDAMENTO

Para evitar este inconveniente los legisladores disponen que el juicio de quiebra se divida en varios hilos procedimentales de *tramitación simultánea* y paralela, denominados “secciones”, “piezas” o “ramos”, lo que permite acelerar mucho el procedimiento porque se actúa y resuelve a la vez en las distintas secciones, a la vez que permite una *ordenación sistemática* de las diversas materias, de modo que si, por ejemplo, queremos conocer la situación de un determinado bien del deudor debemos acudir a la Sección Tercera, en la que se actúa todo lo relativo a los bienes o “masa activa”, de igual modo que si queremos examinar la documentación presentada por un determinado acreedor debemos acudir a la Sección Cuarta, en la que se actúa todo lo relativo a la llamada “masa pasiva”, relativa a los créditos, su reconocimiento y graduación.

No se crea que esta distribución de los autos del proceso concursal es una creación de los legisladores de nuestros días. En absoluto. En la legislación española el sistema ya venía impuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que tampoco lo inventó sino que lo tomó de las enseñanzas de los prácticos que lo idearon y lo aconsejaban por su indudable utilidad. Gráficamente Salgado de Somoza tituló su famosa y extensa obra sobre concurso “Laberinto” formado por los acreedores que concurren a la litis del comerciante deudor y para poder manejar esa situación laberíntica los prácticos (como el escribano Febrero en su famosa “Librería de escribanos” que se editó durante dos siglos, o Caravantes o Gomez de la Serna, como

más tarde Manresa o Rives y Martí, aconsejaban dividir el procedimiento en varias secciones porque de ese modo “podrá cursar más rápidamente y con mejor orden” en palabras de Caravantes.

El art. 1321 de la antigua LEC de 1881 expresaba magníficamente las ventajas del sistema de tramitación mediante “varios hilos procedimentales de sustanciación simultánea” disponiendo que “para la buena marcha del procedimiento”, “además de las secciones legalmente establecidas” pudiese el juez “abrir las piezas que sean necesarias para *el buen orden y claridad del procedimiento* y para que éste *curse con la mayor rapidez posible y sin entorpecer unos incidentes a otros*”.

Como bien indica el artículo citado, el fundamento de abrir varias secciones para la tramitación separada y simultánea de los autos de la quiebra estaba en el “buen orden y claridad” que permitía alcanzar, en el “curso rápido del procedimiento” y en “evitar que unas actuaciones entorpezcan a las otras”. Para lo cual la ley disponía que el juez, además de abrir las secciones correspondientes, pudiese abrir dentro de ellas las piezas y los ramos que resultasen “necesarios” o “convenientes” para los fines indicados.

3. SECCIONES FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO DEL CONCURSO. PIEZAS Y RAMOS DE CADA SECCIÓN

La LC española de 2003 dispone que en el concurso se abran cinco *Secciones* fijas (destinadas la 1ª a la Declaración del concurso y medidas cautelares; la 2ª a la Administración del concurso; la 3ª a la Masa activa; la 4ª a la Masa pasiva; y la 5ª al Convenio o, en otro caso, a la liquidación), a las que añade la Sección 6ª, relativa a la calificación del concurso, que es contingente porque puede no existir.

La Ley permite también que dentro de cada Sección puedan abrirse *Piezas* y dentro de éstas los *Ramos* que resulten necesarios para la indicada finalidad de mantener los autos ordenados sistemáticamente, por materias, y no solo cronológicamente. Por ejemplo, dentro de la Sección tercera, dedicada a formar la masa de bienes, puede abrirse una *Pieza* para las acciones de reintegración a la masa de ciertos bienes que hayan salido indebidamente del patrimonio del deudor.

Algunos comentaristas de la LC española discuten sobre contenidos dudosos de las secciones, porque hay actuaciones cuya pertenencia a una u otra sección puede no estar bien definida. Pero la discusión es poco trascendente, porque si unas actuaciones se incluyen en una sección cuando acaso correspondan a otra ello no acarreará nulidad ni falta alguna ya que las actuaciones mal colocadas forman parte del único proceso de quiebra, siempre serán fácilmente localizables y el único efecto indeseable puede ser la ocasional confusión que pueda producirse en el manejo o consulta de los autos.

XII. ASPECTOS ECONÓMICOS DEL PROCESO CONCURSAL

Los legisladores, con frecuencia, prestan escasa atención a los costes del proceso concursal. Así, los autores de nuestra reciente Ley Concursal. La publicidad de las resoluciones puede tener un coste muy elevado. Y los honorarios de los Administradores, en concursos de gran envergadura, fueron a veces tan exagerados que han sido noticia en los medios de comunicación. Una de las finalidades del RDL 3/2009 fue reformar aspectos de la LC para corregir esas disfunciones y abaratar el coste del proceso concursal.

José Luis Vázquez Sotelo

Barcelona, 2, abril, 2.008

Excma. Sra.
Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci
Presidenta del Comité Organizador del
VII Congreso Argentino de Derecho Concursal
Y V Congreso Iberoamericano de Insolvencia
Facultad de Ciencias Económicas de la
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO
Centro Universitario C.C. 594

5500 **MENDOZA. ARGENTINA**

Mi estimada y admirada Presidenta:

Contestando a la muy amable comunicación que acabo de recibir, me complace en expresarle mi aceptación del honor que se me concede para participar en el gran evento que en esa hermosa ciudad (los días 4 a 7 de octubre del próximo año 2009), bajo el patrocinio de la Universidad Nacional de Cuyo y otras entidades, reunirá dos grandes congresos, el nacional argentino sobre Derecho concursal y el Iberoamericano sobre insolvencia.

Ni que decir tiene que asumo el encargo como un gran honor y con el entusiasmo y la ilusión que me acompaña siempre que visito Iberoamérica y, singularmente, La Argentina. Desde ya comienzo a recopilar datos y referencias sobre el tema siempre de palpitante actualidad y sobre el cual últimamente hemos debatido en el III Congreso Iberoamericano (Internacional) que el Instituto de Derecho Concursal celebró en Barcelona, el pasado mes de noviembre de 2007.

Mi comunicación con la Secretaría del Congreso puede realizarse por cualquiera de las vías que indico al principio. Y cuidaré de ser puntual en la respuesta a cualquier requerimiento que reciba.

Sumamente agradecido por la distinción, ruego a V.E. y a los integrantes del Comité Organizador que acepten el más cordial saludo de su affmo.

*Fdo. José Luis Vázquez Sotelo
Catedrático de Derecho Procesal
Abogado.*