25

Col·lecció Estudis Econòmics

Fallides i suspensions de pagaments: claus per a la reforma concursal

Fernando Cerdá Albero
Ignacio Sancho Gargallo

"la Caixa"

La modernització dels procediments de fallida i de suspensió de pagaments, és a dir, dels processos de solució de les crisis d'insolvència empresarial fa anys que està en procés de discussió. Ara sembla que s'ha arribat al moment decisiu, ja que el Ministeri de Justícia ha assumit un avantprojecte de Llei Concursal. Aquest estudi exposa en una primera part les característiques que concorren en una situació d'insolvència empresarial, és a dir, d'impossibilitat d'afrontar els pagaments; a partir d'aquí, es descriuen les possibles solucions legals i es destaquen les deficiències de l'actual sistema concursal espanyol; a més, es fa referència a les solucions que s'han adoptat en altres països europeus. En una segona part, es desgrana el que els autors denominen les claus de la reforma: la unificació dels procediments, els requisits exigibles per admetre a tràmit un procediment de concurs, els efectes que ha de tenir la declaració de concurs, els efectes del concurs sobre el deutor, els efectes sobre els crèdits, la determinació del patrimoni del deutor, la determinació de quins creditors tenen dret a cobrar i en quin ordre i la terminació del concurs. L'última part se centra en les conclusions.

Publicació impresa
en paper i cartolina
ecològics

Col·lecció Estudis Econòmics

Núm. 25

Fallides i suspensions de pagaments: claus per a la reforma concursal

Fernando Cerdá Albero
Ignacio Sancho Gargallo

Edició electrònica disponible a Internet:
www.estudis.lacaixa.es

"la Caixa"

Servei d'Estudis

CAIXA D'ESTALVIS I
PENSIONS DE BARCELONA

Servei d'Estudis

Av. Diagonal, 629, planta 15, torre I
08028 BARCELONA
Tel. 93 404 76 82
Telefax 93 404 68 92
www.estudis.lacaixa.es
a/e: publicacionsestudis@lacaixa.es

La responsabilitat de les opinions emeses en els documents d'aquesta col·lecció correspon exclusivament als seus autors. La CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA no s'identifica necessàriament amb les seves opinions.

© Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona "la Caixa", 2001
© Fernando Cerdá Albero i Ignacio Sancho Gargallo

ÍNDEX

PÀG.

PRESENTACIÓ 7

INTRODUCCIÓ 9

Primera part: EL TRACTAMENT JURÍDIC ACTUAL DE LES CRISIS EMPRESARIALS A ESPANYA. INSOLVÈNCIA I SOLUCIONS CONCURSALS

I. CRISIS EMPRESARIALS I INSOLVÈNCIA: SOLUCIONS CONCURSALS 13

1.1. Insolvència i cessació de pagaments 13

1.2. Insolvència i solucions concursals 14

1.3. Solucions especials per a les crisis empresarials 15

1.4. Finalitat de les institucions concursals 16

II. EL SISTEMA CONCURSAL ESPANYOL ACTUAL 21

2.1. Breu exposició del sistema concursal actual: especial consideració de les seves deficiències 21

2.2. La realitat concursal espanyola els últims anys 34

III. BREU REFERÈNCIA A ALGUNES REFORMES CONCURSALS RECENTS EN NACIONS EUROPEES. EL DRET COMUNITARI 38

3.1. Alemanya 38

3.2. Portugal 42

3.3. França 45

3.4. El Reglament comunitari sobre procediments d'insolvència 48

PÀG.

Segona part: CLAUS PER A LA REFORMA CONCURSAL

IV. UNIFICACIÓ LEGAL, DE DISCIPLINA I DE PROCEDIMENTS 53

4.1. Unitat legal 53

4.2. Unitat de disciplina 55

4.3. Unitat de procediment: la possibilitat de procediment simplificat 55

V. PRESSUPÒSITS DEL CONCURS 58

5.1. Pressupòsit subjectiu 59

5.2. Pressupòsit objectiu 59

5.3. Pressupòsit formal: concurs voluntari i concurs necessari 62

5.4. Competència judicial 64

VI. LA DECLARACIÓ DE CONCURS I ELS SEUS EFECTES 66

6.1. Declaració de concurs: legitimació per sol·licitar-la 66

6.2. Audiència prèvia del deutor 70

6.3. Efectes cautelars de l'admissió a tràmit de la sol·licitud de concurs necessari 71

6.4. Publicitat de la declaració de concurs 72

6.5. Revisió de la declaració 73

6.6. La 'vis attractiva' del concurs 73

6.7. Efectes de la declaració de concurs sobre el patrimoni del deutor 76

6.8. Efectes de la declaració de concurs sobre el deutor 78

6.9. Efectes de la declaració sobre els crèdits i sobre les relacions bilaterals pendents de compliment 79

PÀG.

VII. FORMACIÓ DE LA MASSA ACTIVA 83

7.1. Determinació de la massa activa 83

7.2. Operacions de reducció o separació 85

7.3. Operacions de reintegració 87

VIII. FORMACIÓ DE LA MASSA PASSIVA 93

8.1. Crèdits concursals i crèdits contra la massa 93

8.2. Reconeixement i qualificació de crèdits 95

8.3. Classificació dels crèdits 97

IX. EL CONVENI 103

9.1. El conveni concursal: funció i problemes que ha d'afrontar la regulació legal 103

9.2. La proposició de conveni: moment i subjectes 106

9.3. Contingut de la proposta de conveni 108

9.4. Acceptació del conveni pels creditors 110

9.5. Impugnació del conveni 113

9.6. Aprovació judicial: efectes del conveni 114

9.7. Compliment i incompliment del conveni 116

X. LIQUIDACIÓ DE L'ACTIU I PAGAMENT DELS CRÈDITS. TERMINACIÓ DEL CONCURS 117

10.1. Liquidació de la massa activa 117

10.2. Pagament dels crèdits 120

10.3. Terminació del concurs 122

PÀG.

XI. LA QUALIFICACIÓ DEL CONCURS 123

11.1. Finalitat de la qualificació 123

11.2. Conductes que han de ser considerades per qualificar el concurs 126

11.3. Subjectes als quals abasta la qualificació del concurs 127

11.4. La tramitació de la qualificació 127

Tercera part: CONCLUSIÓ

XII. SÍNTESI DE LES PROPOSTES FORMULADES 132

BIBLIOGRAFIA 136

Presentació

Quan una empresa entra en una situació de crisi financera es troba que no pot afrontar les seves obligacions. Els creditors compten en principi amb la garantia del patrimoni del deutor, però és possible que aquest patrimoni no sigui suficient o bé que la crisi sigui transitòria i que sigui millor pactar una solució que garanteixi la supervivència de l'empresa. Llavors entren en joc procediments concursals *com la* fallida *o la* suspensió de pagaments. *Però l'ordenament jurídic que regula aquests procediments es compon de diversos cossos normatius dispersos, arcaics i confusos, que sovint no corresponen a la realitat econòmica actual. És per aquest motiu que els diversos intents de reforma que hi ha hagut des de fa molts anys no han arribat a bon port. Però, finalment, en aquests moments hi ha un avantprojecte que es discutirà pròximament a les Corts, i la seva aprovació pot marcar una fita en aquest important aspecte de la vida econòmica.*

La gran transcendència de la reforma concursal fa que sigui un assumpte certament controvertit, però el propòsit d'aquest treball no és ni comentar l'avantprojecte ni defensar cap postura específica. Simplement pretenem aportar elements de judici al debat per entendre i valorar adequadament la reforma concursal. Els autors són dos reconeguts especialistes en aquesta matèria, a cavall entre el dret mercantil i el processal. Fernando Cerdá és professor de dret mercantil de la Universitat Pompeu Fabra i Ignacio Sancho és doctor en dret i magistrat. Tots dos són autors d'un cèlebre manual de dret concursal de consulta obligada.

Josep M. Carrau
Director del Servei d'Estudis

Barcelona, novembre de 2001

Introducció

Des de fa molt temps hi ha l'opinió generalitzada que s'ha de reformar radicalment el nostre Dret Concursal. Avui dia, a aquest sentiment comú s'ha unit la voluntat política de fer realitat aquesta reforma, i se l'ha inclòs com un dels objectius del Pacte d'Estat sobre la Justícia. La Comissió General de Codificació ha elaborat un esborrany d'Avantprojecte de Llei Concursal que, amb uns retocs lleugers, ha estat assumit pel Ministeri de Justícia. A això s'afegeix la circumstància que ens trobem, almenys ara com ara, en una situació econòmica relativament favorable: efectivament, les èpoques de crisi no són bones per discutir sobre la reforma concursal.

El propòsit d'aquest treball no és comentar l'Avantprojecte (que en alguns aspectes aporta novetats molt significatives i que, en conjunt, mereix una valoració positiva), sinó afegir al debat elements de judici sobre el que considerem que poden ser les **claus per a la reforma concursal**.

Amb caràcter previ a l'estudi de cada una d'aquestes claus, farem una exposició de quina és la situació i el funcionament actuals del Dret Concursal espanyol, ja que el coneixement de les deficiències ens permetrà diagnosticar més bé els punts que s'han de reformar amb la idea d'apuntar una solució. Aquest estudi preliminar es completa amb uns quants exemples dels moviments de reforma que hi ha hagut en alguns ordenaments concursals de països del nostre entorn durant els anys noranta, ja que algunes de les solucions adoptades han servit d'inspiració per a l'Avantprojecte.

L'anàlisi del que denominem les «claus per a la reforma concursal» no va adreçada exclusivament a juristes, sinó de manera molt especial a totes les persones que operen en el tràfic econòmic i que, d'una manera o altra, participaran en el debat sobre la reforma concursal. Aquesta finalitat ha condicionat el llenguatge utilitzat en l'exposició, que hem intentat que fos clar i directe, i l'absència de manifestacions innecessàries d'erudició jurídica.

Barcelona, 29 de setembre del 2001

Primera part

EL TRACTAMENT JURÍDIC ACTUAL DE LES CRISIS EMPRESARIALS A ESPANYA. INSOLVÈNCIA I SOLUCIONS CONCURSALS

I. Crisis empresarials i insolvència: solucions concursals

1.1. Insolvència i cessació de pagaments

El cessament generalitzat en el pagament dels crèdits, amb independència de la causa de l'impagat, afecta no tan sols aquesta pluralitat de creditors, els crèdits dels quals es veuen insatisfets, sinó també el mateix deutor comú i tots els que d'alguna manera estan vinculats amb l'empresa (treballadors, socis, entitats de crèdit, etc.).

Deixar de pagar alguna vegada o a algun creditor no genera més efectes que les accions judicials reconegudes per cobrar aquest crèdit. La cessació generalitzada dels pagaments, motivada per la impossibilitat d'afrontar-los, exigeix que s'articuli una via procedimental amb la qual es faciliti el pagament ordenat dels crèdits, tenint en compte que, en la majoria de casos, la liquidació del patrimoni del deutor no arriba a satisfer tots els crèdits.

Tradicionalment s'ha associat la idea d'insolvència amb la d'insuficiència patrimonial, i s'ha distingit entre insolvència i falta de liquiditat. Per insolvència s'ha entès la situació de dèficit patrimonial (passiu superior a l'actiu); mentre que la falta de liquiditat pressuposa la suficiència patrimonial acompanyada de falta de mitjans pecuniaris per atendre els crèdits.

1.2. Insolvència i solucions concursals

Una visió molt simplista de les insolvències empresarials ha fet que moltes persones distingeixin les solucions concursals (fallida i suspensió de pagaments) segons si l'empresari deutor està en estat d'insolvència definitiva o en situació de falta de liquiditat.

En el primer cas es reservava com a solució principal per al pagament dels crèdits la liquidació ordenada del patrimoni del deutor: és la situació de fallida, tradicionalment considerada en el nostre Dret codificat.

En canvi, per atendre situacions de pura falta de liquiditat, perquè es considera purament temporal, també es va assenyalar la possibilitat d'articular un conveni o un acord entre el deutor i els seus creditors per facilitar el pagament dels crèdits, i aprovar una simple espera, un quitament o les dues coses alhora. Aquesta solució s'associa amb la suspensió de pagaments.

Aquesta aproximació, però, no respon a la nostra realitat legal. D'una banda, el Codi de Comerç no preveu com a pressupòsit de la fallida la situació d'insuficiència patrimonial, sinó la cessació generalitzada dels pagaments, sense perjudici del fet que normalment aquesta cessació estigui motivada pel dèficit patrimonial. D'altra banda, la Llei de Suspensió de Pagaments permet que també s'aculli a aquest benefici legal l'empresari que es trobi en situació de desequilibri, i no tan sols el que pateix una situació de falta de liquiditat. Aquesta Llei es va aprovar l'any 1922 amb caràcter provisional per evitar la fallida del Banc de Barcelona, i va permetre una solució concordatària que eludís la liquidació.

A més, la jurisprudència s'ha encarregat de ressaltar que, encara que la finalitat essencial de la fallida és la liquidació, la llei permet eludir-la a través d'un conveni entre el fallit i els seus creditors, si es compleixen els requisits legals. Per això, la fallida, que inicialment tendeix a la liquidació, també es pot concloure amb un conveni de continuïtat. Paral·lelament, la suspensió de pagaments té com a finalitat primordial arribar a un conveni entre el suspens i els seus creditors per arbitrar el pagament dels crèdits. Però aquest conveni no necessàriament ha de procurar la continuïtat de l'empresa, sinó que, pel fet de no estar prohibit, a la pràctica també tenen lloc convenis de liquidació. Tenint en compte això, s'arriba a la paradoxa que a

través de la fallida es pot mantenir l'empresa, i mitjançant la suspensió de pagaments es pot liquidar.

1.3. Solucions especials per a les crisis empresarials

Aquest marc normatiu ha resultat insatisfactori per abordar les crisis empresarials de sectors amb gran transcendència en l'activitat econòmica. Així va passar ja en el segle XIX, davant les crisis de les naixents empreses de ferrocarrils, i en els nostres dies, fonamentalment en el mercat financer (crèdit, assegurances i mercat de valors).

La normativa concursal especial va començar amb el règim previst per a la suspensió de pagaments i fallides de companyies de ferrocarrils, de canals i altres obres públiques.(1) També s'insereix en aquesta normativa especial la relativa a confiscació i intervenció estatal d'empreses(2) i, originàriament, el règim d'administració judicial d'empreses embargades.(3) Més properes als nostres dies, participen d'aquesta consideració com a solucions especials les introduïdes amb la legislació sobre reconversió industrial.(4)

A finals de la dècada dels setanta, i després d'assistir a alguns episodis concursals sonats (entre ells, la fallida de la Caja Popular de Crédito y Ahorro de Cataluña, la suspensió de pagaments i la posterior fallida del Banc dels Pirineus), l'Estat va advertir la necessitat de garantir els interessos coincidents (el dels impositors i el del mateix sistema financer) arbitrant procediments que en cas de crisi garantissin la devolució –encara que limitada– de les imposicions: amb aquesta finalitat es van constituir els Fons de Garantia de Dipòsits (en bancs, caixes d'estalvi i cooperatives de crèdit).(5) A més, es va possibilitar la intervenció de les entitats de crèdit per part del banc d'Espanya.(6) El cas més conegut és la intervenció de Banesto on, a pe-

(1) Aquesta normativa es remunta a la Llei de 12-XI-1869.
(2) Llei d'1-IX-1939.
(3) Amb motiu del cas «Matesa», aquest règim va ser establert pel Decret Llei de 20-X-1969. Aquest Decret Llei ha estat derogat per la Llei d'Enjudiciament Civil de 7-I-2000, que regula el vigent règim de l'administració judicial d'empreses o grups d'empreses embargades (articles 630 a 633).
(4) Reial Decret-Llei de 30-XI-1983 i Llei de 26-VII-1984.
(5) El règim dels fons de garantia de dipòsits es regula actualment en el Reial Decret de 20-XII-1996.
(6) En virtut dels articles 31 a 38 de la Llei de 29-VII-1988, sobre disciplina i intervenció de les entitats de crèdit.

sar de reunir els pressupòsits que haurien pogut desencadenar-ne la fallida, el Banc d'Espanya va optar per la intervenció.

Un altre sector en el qual les crisis de les empreses aconsegueixen una multiplicitat d'economies és el del mercat assegurador. Quan, en la dècada dels vuitanta, la crisi va afectar les entitats asseguradores (principalment les petites) es va instrumentar un procediment que permetés garantir –també amb abast limitat– la cobertura dels riscos assumits per les entitats asseguradores insolvents. A aquesta finalitat respon el Consorci de Compensació d'Assegurances. Al mateix temps es va anar conformant el que actualment es coneix com a CLEA (Comissió Liquidadora d'Entitats Asseguradores), a la qual es pot encomanar la liquidació de l'empresa sense que en aquests casos sigui preceptiu acudir a la suspensió de pagaments o a la fallida.(7)

Per últim, i més recentment, s'ha organitzat un sistema similar al de les entitats de crèdit per a les empreses de serveis d'inversió: el Fons de Garantia d'Inversions, la finalitat del qual és indemnitzar els inversors en el cas d'insolvència d'alguna d'aquestes empreses.(8)

1.4. Finalitat de les institucions concursals

En aquest punt ens hem de plantejar quina és la finalitat que han de perseguir les institucions concursals.

1. Històricament ha prevalgut la idea originària de protegir els creditors i garantir el cobrament dels seus crèdits, ni que sigui a costa del patrimoni del deutor insolvent. D'aquesta manera s'ha ampliat el model de l'execució individual al d'execució universal. És a dir: la fallida comportaria una execució ordenada del patrimoni del deutor comú que permetria satisfer els crèdits d'acord amb l'ordre legal, que al començament estava marcat per la igualtat de tracte (*par condicio creditorum*), però que amb el pas del temps ha donat lloc a una proliferació de privilegis que determinen preferències en el cobrament d'uns crèdits en relació amb els altres. Des d'aquesta perspectiva, preval l'interès dels creditors sobre la subsistència de l'empresa.

(7) Articles 26 a 37 de la Llei de 8-XI-1995, d'Ordenació i Supervisió de les Assegurances Privades.
(8) Previst a l'article 77 de la Llei de 16-XI-1998, de reforma de la Llei del Mercat de Valors.

Des d'una consideració estrictament liberal, la vitalitat del mercat i el lliure joc de la competència entre les empreses que hi participen tenen com a conseqüència lògica que es creïn noves empreses, que d'altres creixin, que algunes hi perdin i que altres desapareguin.

Segons aquesta concepció, el Dret Concursal ha d'intentar evitar que les crisis d'unes empreses arrosseguin les altres (que és el que pot passar com a conseqüència de la cessació generalitzada dels pagaments, si no es detecta a temps) i ha d'ordenar el procediment per al cobrament dels crèdits i facilitar solucions concordatàries o preservar una correcta liquidació de l'empresa.

2. Des d'una altra perspectiva, a partir del període d'entreguerres, a Europa hi ha una sensibilització més gran cap a la conservació empresarial per protegir tots els interessos (i no tan sols dels creditors) que hi concorren: la conservació dels llocs de treball i el manteniment de l'organització i de l'activitat empresarial.

D'aquesta manera sorgeixen remeis normatius que van des de la prevalença de les solucions concordatàries enfront de les liquidadores, fins a unes altres de notable intervencionisme públic. A través de les unes o de les altres es pretén, costi el que costi, la continuïtat de l'empresa. Això exigeix sacrificis als creditors que, en el primer cas, se supediten al consens majoritari i, en el segon, se'ls imposa.

En el nostre país, les mesures d'intervenció pública se cenyeixen bàsicament a les crisis de les empreses financeres (a les quals ja ens hem referit), encara que també s'han aplicat a situacions conjunturals (com va ser la reconversió industrial dels anys vuitanta). En alguns països, la intervenció pública es va arribar a ampliar a tots els sectors empresarials durant la crisi dels anys setanta. Tot això va contribuir al fet que, entre finals dels setanta i principis dels vuitanta, es generés una opinió doctrinal majoritària a favor de les mesures de conservació empresarial (que en el nostre cas es va plasmar en la proposta de reforma concursal de l'Avantprojecte de 1983).

Però, sens dubte, la via per la qual s'ha generalitzat el manteniment d'empreses en crisi ha estat el conveni concursal pactat entre l'empresari insolvent i la majoria qualificada dels seus creditors. La nostra Llei de Suspensió de Pagaments de 1922, amb l'objectiu bàsic de la conservació de les em-

preses, persegueix directament la consecució d'un conveni, al qual es pot acollir qualsevol empresari insolvent, sigui quina sigui la seva situació econòmica i sense posar limitacions al contingut del conveni. A més, aquesta idea de la conservació empresarial ha presidit la interpretació de les institucions concursals actuals, i així, per exemple, la jurisprudència ha estat donant preferència a la suspensió de pagaments sobre la fallida, en cas de coincidència d'aquests dos procediments.(9)

3. Amb això, a l'hora de dissenyar una reforma concursal, es planteja el dilema de fer prevaler, d'una banda, l'interès dels creditors sobre la satisfacció dels seus crèdits (a costa del patrimoni del deutor) o, de l'altra, la conservació de l'empresa del deutor.

El panorama econòmic actual i les normes del mercat condicionen l'opció legislativa, de tal manera que, tret que hi hagi raons excepcionals, no es justifica una intervenció estatal en benefici dels interessos econòmics particulars de l'empresari (o, si s'organitza de forma col·lectiva, dels seus socis).

En la nostra opinió, la **finalitat** primordial del procediment concursal és satisfer el conjunt de creditors d'un deutor insolvent. Aquest objectiu es pot aconseguir amb la liquidació del patrimoni del deutor (per pagar els crèdits amb el seu producte) o a través d'un conveni que permeti la continuació de l'empresa.

Seria convenient, doncs, que la futura Llei Concursal tingués com a pòrtic del seu articulat una norma en la qual s'indiqués expressament quina és la finalitat del concurs. Així es feia en l'Avantprojecte de Llei Concursal de 1959 (art.1): «El concurs té com a objectiu donar satisfacció als creditors en els casos d'insolvència del deutor comú». I així es fa en alguns textos recents de Dret Comparat: paradigmàticament, a Alemanya(10) i, en termes més descriptius, a Mèxic.(11)

(9) El corrent majoritari es recull en les sentències del Tribunal Suprem de 3-VII-1933, 26-XI-1976, 5-VII-1985, 27-II-1995.
(10) El § 1 de la *Insolvenzordnung* alemanya de 5-X-1994, sota la rúbrica «Objectius del procediment d'insolvència», assenyala: «El procediment d'insolvència serveix per a satisfer col·lectivament els creditors d'un deutor, mitjançant la liquidació del seu patrimoni i la distribució del producte resultant, o arribant a una regulació diferent especialment dirigida al manteniment de l'empresa i continguda en un pla d'insolvència. Al deutor honest se li concedirà l'oportunitat d'alliberar-se de les seves obligacions que restin insatisfetes» (la traducció és nostra).
(11) La *Llei de Concursos Mercantils* mexicana, publicada en el Diari Oficial de la Federació el 12-V-2000, dedica a aquesta qüestió els seus tres primers articles. L'art. 1 indica que «la present Llei és d'interès públic i té per objecte

En conseqüència amb la finalitat apuntada, l'**interès** que ha de prevaler és el que tenen els creditors per al cobrament ordenat dels seus crèdits. Als creditors no se'ls pot impedir que decideixin la liquidació del patrimoni del deutor, i també és necessari tenir en compte el consens dels creditors per optar per un conveni de continuïtat que permeti la recuperació de l'empresa.

4. Tenint en compte aquest interès, s'han de concretar les **vies** per a la seva realització, a les quals ens acabem de referir: la liquidació i el conveni.

En interès dels creditors i del mateix deutor, la liquidació del seu patrimoni ha de possibilitar l'obtenció del màxim valor d'aquest patrimoni. Això implica, d'una banda, flexibilitzar les fórmules que es poden utilitzar en la liquidació. Liquidar l'empresa és convertir-la en diners, però això no necessàriament s'ha de fer venent per separat cadascun dels actius. De vegades és preferible transmetre l'empresa a un tercer. D'altra banda, i per evitar la depreciació dels actius, la liquidació no es pot dilatar en el temps.

Però el pagament dels creditors no és incompatible amb la conservació de l'empresa. Quan el deutor planteja un conveni als seus creditors, naturalment això implica sacrificis patrimonials per part d'aquests últims. D'aquí deriven diverses conseqüències.

D'una banda, serà just que el deutor correspongui als sacrificis que demana i que ofereixi expectatives raonables de la viabilitat de la seva empresa. El control d'aquesta viabilitat s'ha de confiar en primer lloc al jutge, que pot demanar ajuda a experts, i en segon lloc, als mateixos creditors, els quals el deutor haurà de convèncer sobre la bondat del conveni.

D'altra banda, aquests sacrificis han d'afectar tots els creditors (tret d'aquells que tinguin el dret d'execució separada). Això comporta reduir l'embull de privilegis actualment existents, i concretament, el que es refereix al dret d'abstenció, que només s'ha de justificar per l'existència d'una garantia real que legitimi l'execució del bé al marge del procediment concur-

---

regular el concurs mercantil. És d'interès públic conservar les empreses i evitar que l'incompliment generalitzat de les obligacions de pagament posi en risc la viabilitat de les mateixes i de les altres amb les quals mantingui una relació de negocis». I a fil de les dues etapes successives (conciliació i fallida: art. 2) de què consta el concurs mercantil, l'art. 3 assenyala: «La finalitat de la conciliació és aconseguir la conservació de l'empresa del comerciant mitjançant el conveni que subscrigui amb els seus creditors reconeguts. La finalitat de la fallida és la venda de l'empresa del comerciant, de les seves unitats productives o dels béns que la integren per al pagament als creditors reconeguts».

sal. Fora d'aquests casos, els efectes del conveni s'han d'ampliar a tots els creditors.

En tercer lloc, i per evitar els abusos actuals, la llei ha de determinar quins són els possibles sacrificis que es poden demanar als creditors. Això comporta especificar els límits tolerables d'aquests sacrificis. Per exemple, si és possible, a més de l'espera, proposar un quitament i en quina mesura.

Amb aquestes premisses, la llei ha d'estimular la consecució del conveni, alleujar en l'ordre fiscal les conseqüències que se'n derivin i afavorir-ne el tractament comptable.

En aquest marc, lluny d'un intervencionisme estatal generalitzat, s'ha de considerar una normativa que permeti la conservació d'empreses.

Sigui quina sigui la solució que s'adopti (la liquidació o el conveni), s'ha de canalitzar a través d'un procediment senzill, àgil i eficaç, sense que, en cap cas, la solució concursal sigui traumàtica ni doni lloc a conductes oportunistes. Més enllà del trauma que comporta la mateixa crisi i l'eventual extinció empresarial, s'ha d'evitar que el procediment afegeixi altres conseqüències pernicioses, com són les que deriven de l'excessiva dilació en el temps, o les interdiccions legals a vegades injustificades.

II. El sistema concursal espanyol actual

2.1. Breu exposició del sistema concursal actual: especial consideració de les seves deficiències

2.1.1. La dualitat de procediments concursals segons que el deutor reuneixi o no la condició d'empresari

A l'hora d'aplicar una solució concursal a un deutor insolvent, el sistema normatiu espanyol continua distingint en funció de si el deutor és comerciant o no. En el cas del deutor comerciant (en el qual ens centrarem) es pot optar per la fallida o per la suspensió de pagaments, mentre que si el deutor no reuneix aquesta condició, se li aplica el concurs de creditors o el quitament i espera.

El model originari del segle XIX obeïa a un tractament paral·lel de les situacions de crisi econòmica del deutor comú. D'una banda, la fallida i el concurs de creditors responien a una situació d'insuficiència patrimonial, que se solucionava a través de la solució liquidadora. D'altra banda, el procediment de quitament i espera i l'expedient de suspensió de pagaments s'oferien com un remei a situacions de pura falta de liquiditat, que es ventilaven mitjançant un conveni.

En el cas del deutor insolvent no comerciant, s'ha mantingut fins als nostres dies aquesta concepció simple de les situacions d'insolvència i els seus remeis (potser per la poca utilització que se'n fa).

2.1.2. Fallida i suspensió de pagaments: evolució normativa

No ha passat el mateix en el supòsit de la insolvència del deutor empresari, ja que l'aplicació pràctica de les institucions concursals mercantils ha alterat el model normatiu, que ha experimentat diversos canvis des de l'any 1829 fins al 1922.

En el Codi de Comerç de 1829, la fallida era l'únic procediment concursal regulat, mentre que la suspensió de pagaments no era més que un tipus de fallida.

Amb el Codi de Comerç de 1885, la suspensió de pagaments es generalitza com a procediment autònom de la fallida; ara bé, la suspensió de pagaments també s'admet en situacions d'insuficiència patrimonial, encara que s'havia de sol·licitar dins de les quaranta-vuit hores següents al cessament dels pagaments.

Aquesta solució va donar lloc a molts abusos, que es van intentar corregir amb la reforma del Codi l'any 1897, que va tornar a restringir la suspensió de pagaments per a les situacions de pura falta de liquiditat.

En aquest marc normatiu, la crisi del Banc de Barcelona l'any 1920 va provocar una alteració notable dels fonaments de la Llei de Suspensió de Pagaments de 1922, que aleshores s'estava tramitant. Aquesta Llei permet acollir-se al benefici de la suspensió de pagaments no tan sols en els casos d'insolvència provisional (falta de liquiditat), sinó també en els d'insolvència definitiva (desequilibri o passiu superior a l'actiu), amb algunes variacions en la tramitació que exposarem més endavant.

A pesar d'aquests canvis normatius, està molt estesa la idea que la fallida correspon a situacions d'insuficiència patrimonial, que es ventilen mitjançant la liquidació, i que la suspensió de pagaments va lligada a situacions de falta de liquiditat, que se solucionen amb un conveni. Però la realitat nor-

mativa i la pràctica no són aquestes. De moment, només farem alguns apunts. Pel que fa a la fallida, aquesta també es pot concloure amb un conveni que eviti la liquidació i que permeti la continuació de l'empresa. En relació amb la suspensió de pagaments, ja hem dit que es poden acollir a aquest expedient empresaris en situació de desequilibri; a més, el conveni de la suspensió de pagaments pot tenir contingut liquidador, perquè no s'estableix cap restricció legal en relació amb això.

2.1.3. La fallida

La fallida és un procediment judicial que persegueix primordialment la liquidació del patrimoni de l'empresari insolvent per pagar els deutes que ha contret amb el producte d'aquesta liquidació. Per això és necessari que, en primer lloc, es declari la fallida. Aquesta declaració produeix una sèrie d'efectes que tendeixen a assegurar l'efectivitat de les operacions que s'han de fer sobre el patrimoni del deutor (massa activa de la fallida) i sobre els seus deutes (massa passiva). Aquestes operacions van encaminades a determinar, d'una banda, el patrimoni del deutor afectat per l'execució i, de l'altra, quins crèdits tenen dret a cobrar amb el producte de la liquidació i en quin ordre. La forma normal de terminació de la fallida és el pagament dels deutes amb el que resulti de la liquidació. No obstant això, l'ordenament admet també que el fallit pugui fer un conveni amb els seus creditors.

La declaració de fallida

La fallida pot ser voluntària (si la sol·licita el mateix empresari) o necessària (si la demana algun dels seus creditors). En cap cas la pot decidir d'ofici, el jutge. La sol·licitud de fallida ha de reunir una sèrie de requisits, entre els quals hi ha l'acreditació del que s'ha denominat els pressupòsits subjectiu i objectiu de la fallida: que el deutor és comerciant i que ha cessat en el pagament de les seves obligacions. Encara que, si és el deutor el que voluntàriament presenta la fallida, es presumeix que es troba en situació d'insolvència, sense que hagi d'acreditar la cessació en els pagaments.

En el cas de fallida necessària, el jutge la declara sense escoltar el deutor. Però aquest últim es pot oposar a la declaració de fallida en el termi-

ni de vuit dies, comptats a partir del dia en què se li notifica, si demostra que no concorren els pressupòsits de la fallida (i, en particular, que es troba al corrent en el pagament de les seves obligacions).

Si la fallida és voluntària, la jurisprudència també reconeix als creditors el dret a oposar-se a la declaració de fallida.

Efectes de la declaració de fallida

La declaració de fallida comporta la greu conseqüència que el fallit queda *inhabilitat* per administrar i disposar dels seus béns. D'aquesta administració es fa càrrec, provisionalment, un dipositari-administrador nomenat pel jutge, i després els síndics, una vegada designats per la primera junta de creditors. Amb aquesta finalitat, en el moment de declarar la fallida es convoquen tots els creditors coneguts.

Com una escletxa de l'origen penal de la fallida, el Codi de Comerç encara preveu l'*arrest* del fallit. El Tribunal Constitucional ha mitigat el rigor de l'arrest, exigint que sigui domiciliari i pel període estrictament necessari (que normalment va lligat a la conclusió de l'ocupació de tots els seus béns).[1]

Per determinar el patrimoni del deutor es comença *ocupant* tots els seus béns i documents, tancant-li l'establiment i intervenint-li tota la comptabilitat i correspondència. Aquest és un dels punts on es fa més evident que la institució de l'ocupació és antiquada, ja que no es preveu la possibilitat de continuar l'explotació empresarial en aquells casos en què sigui més beneficiós per als mateixos creditors. Per salvar aquesta disfunció, la pràctica judicial admet, amb la noció de fallida oberta, la possibilitat de mantenir l'activitat empresarial durant el temps que sigui convenient.

Com que la fallida és un procediment universal amb el qual es pretenen conjuminar totes les pretensions existents contra el patrimoni del deutor, se n'acorda l'*acumulació* a la fallida. Aquest efecte es denomina *vis attractiva* de la fallida. Inicialment només quedaven al marge d'aquesta acumulació les execucions hipotecàries i pignoratives, però avui dia s'ha ampliat aquesta

(1) Sentència del Tribunal Constitucional de 19-XII-1985.

exclusió a moltes altres pretensions (crèdits laborals, execucions tributàries o de Seguretat Social anteriors a la declaració de fallida, recuperació de béns mobles venuts a terminis, cedits en arrendament financer, etc.).

La fallida també produeix una sèrie d'efectes sobre els crèdits existents contra el deutor per poder-los convertir en diners i concretar-ne la quantia el mateix dia de la declaració de fallida. Aquests crèdits deixen de meritar interès (excepte els hipotecaris i pignoratius), es converteixen en crèdits pecuniaris els que tenien una altra naturalesa, i els crèdits subjectes a termini vencen anticipadament. Com a conseqüència d'aquest venciment anticipat no s'admet, com a regla general, que els creditors que alhora siguin deutors del fallit compensin aquests crèdits i deutes. També com a regla general, la declaració de fallida no afecta els contractes de tracte successiu (per exemple, els laborals, els d'arrendament, etc.) sempre que els representants de la fallida continuïn complint-los; en cas contrari, és clar, la contrapart els podrà resoldre.

Formació de la massa activa

La massa activa està constituïda per tots els béns del deutor que siguin susceptibles d'execució. Per això queden al marge els béns que no són susceptibles de ser embargats.

Ara bé, entre els béns que s'ocupen al deutor, n'hi pot haver uns quants que no li pertanyin o que estiguin especialment destinats al compliment d'alguna obligació (béns hipotecats, amb penyora sense desplaçament, etc.).

D'altra banda, no és gens inusual que en un període de temps pròxim a la fallida el deutor hagi distret del seu patrimoni béns o drets: amb això pretén evitar que aquests béns serveixin per pagar els creditors en el procediment de fallida, amb el consegüent perjudici per a aquests últims. Un dels mitjans ordenats per aconseguir reintegrar aquests béns a la massa activa de la fallida és la retroacció. La llei declara nuls tots els actes d'administració i de domini duts a terme pel fallit a partir del moment en què realment va cessar en el pagament de les seves obligacions (moment que, naturalment, es va produir abans de la declaració de fallida). Per a això és necessari que el jutge

hagi fixat una data de retroacció i que els síndics exercitin les accions necessàries per obtenir la ineficàcia d'aquests actes. La jurisprudència ha interpretat de manera molt rigorosa l'abast d'aquesta sanció de nul·litat. Rectament, s'hauria de matisar i, en qualsevol cas, supeditar-la al fet que aquests actes o negocis hagin ocasionat un perjudici als creditors.

Formació de la massa passiva

Els creditors que pretenguin cobrar amb el producte de la fallida hauran d'insinuar els seus crèdits als síndics, perquè els incloguin en l'estat de creditors i siguin reconeguts per la junta convocada amb aquesta finalitat. En relació amb això, si no s'arriba als quòrums i majories exigides per la llei, correspon al jutge decidir sobre el seu reconeixement.

Una vegada reconeguts els crèdits, es procedirà a graduar-los, i això també haurà de ser aprovat per la junta de creditors. La gradació contemplada pel Codi de Comerç[2] vigent s'ha vist notablement alterada per altres disposicions legals, sobretot pel que fa als crèdits laborals, tributaris i de la Seguretat Social. Tenint en compte això, avui dia és difícil encaixar totes aquestes normes. Proposem la següent gradació:

• Crèdits laborals singularíssimament privilegiats.[3]

• Crèdits amb privilegi sobre una cosa determinada, per aquest ordre: privilegi refaccionari laboral,[4] crèdits de la Hisenda Pública,[5] privilegis marítims i hipoteca naval i crèdits hipotecaris i pignoratius.

• Crèdits laborals singularment privilegiats.[6]

• Crèdits tributaris.[7]

• Crèdits referits a l'article 913 del Codi de Comerç, i per aquest ordre:

(2) Articles 912 i següents.
(3) Article 32.1 de l'Estatut dels Treballadors.
(4) Article 32.2 de l'Estatut dels Treballadors.
(5) Els dels articles 73 i 74 de la Llei General Tributària.
(6) Article 32.3 de l'Estatut dels Treballadors.
(7) Article 71 de la Llei General Tributària, i articles 12, 31 i 32.1 de la Llei General Pressupostària.

– crèdits singularment privilegiats,
– crèdits privilegiats per Dret mercantil,
– crèdits privilegiats per Dret civil,
– crèdits escripturaris,
– crèdits comuns per operacions mercantils, i
– crèdits comuns per Dret civil.

Liquidació i pagament

La liquidació del patrimoni del deutor per poder pagar amb el seu producte els crèdits reconeguts d'acord amb la gradació aprovada, és la manera normal d'acabar la fallida. En la regulació actual, i en nom d'una garantia més gran, s'imposa la subhasta pública com a mitjà de realització dels béns mobles i immobles. La forma d'eludir aquest manament legal sol ser la venda directa per raons d'urgència, per evitar el menyscapte o el risc de pèrdua dels béns pel simple pas del temps o per desús. La via de la subhasta ha resultat ser molt ineficaç i ha donat lloc a realitzacions ruïnoses d'elements empresarials. Seguint l'exemple de la nova Llei d'Enjudiciament Civil, s'haurien de buscar fórmules alternatives que facilitessin l'obtenció de més valor en les alienacions (conveni de realització, alienació a través d'entitats públiques o privades).[8]

Amb el producte de la liquidació es procedirà al pagament d'acord amb l'ordre aprovat. La majoria de vegades, amb la realització dels béns no s'obté una quantitat suficient per pagar tots els crèdits. Els titulars d'aquests crèdits no satisfets no perden el dret a reclamar-los i conserven les accions contra el fallit, per si aquest últim arribés a millor fortuna.

El conveni

Com a forma alternativa a la liquidació, també es preveu la possibilitat que el fallit arribi a un conveni amb els seus creditors dins de la mateixa fallida. El contingut del conveni pot ser molt variat, i respon tant a la liquidació de l'empresa com a la seva continuació. En la tramitació del conveni hi

(8) Articles 640 i següents de la Llei d'Enjudiciament Civil.

ha notables diferències segons que el fallit sigui comerciant individual o societat mercantil. Sense que hi hagi unes raons gaire importants, la llei concedeix més facilitats per a la consecució d'un conveni a les societats que als comerciants individuals. Així, per exemple, el comerciant fallit ha d'esperar el reconeixement de crèdits per proposar el conveni, i només ho pot fer si la seva fallida no es qualifica de fraudulenta; aquests requisits no s'exigeixen per a la proposició del conveni per part de la societat fallida.

El conveni vincula els creditors del fallit, tant si han votat a favor seu com si no, sempre que s'arribi a la majoria legal per a la seva aprovació. No obstant això, la llei reconeix a determinats creditors el dret d'abstenció, motiu pel qual poden quedar al marge dels compromisos assumits en el conveni. El conveni vincula el fallit i els creditors que no tinguin dret d'abstenció. La jurisprudència majoritària afirma que les esperes o els quitaments pactats en el conveni no s'amplien als fiadors del fallit, i per aquest motiu els crèdits garantits amb aval podran ser exigits en la seva totalitat i sense subjecció a termini.

La qualificació de la fallida

Com a reminiscència de l'origen penal del Dret Concursal, la llei preveu que en la fallida s'obri una peça per depurar la responsabilitat del fallit en la causació de la seva insolvència. Sense que es mantingui el vell aforisme *decoctor ergo fraudator* (qui fa fallida, defrauda), la llei tipifica les conductes per les quals es qualifica la fallida de fortuïta, de culpable o de fraudulenta. Abans del Codi Penal de 1995, aquesta peça de qualificació constituïa un requisit previ de procedibilitat penal: és a dir, perquè el fallit pogués ser enjudiciat penalment per insolvència fraudulenta o culpable, era necessari que prèviament la fallida hagués estat qualificada d'aquesta manera pel jutge civil. Amb el Codi Penal vigent, la qualificació penal de la insolvència és independent de la qualificació civil. De manera que, avui dia, l'abast d'aquesta qualificació civil de la fallida ha perdut bona part de la importància. Només queden els efectes de la fallida fraudulenta: impedeix la rehabilitació del fallit i que el comerciant individual fallit proposi un conveni; a més, aquells que siguin declarats còmplices del fallit fraudulent han de reintegrar els béns

que haguessin detret i perden qualsevol dret que tinguessin sobre la massa de la fallida.

Valoració final

La fallida és un procediment molt complicat, actualment obsolet, injustificadament onerós per al deutor i, a més, car.

• Complicat, perquè està carregat de tràmits que contribueixen a dilacions excessives del procediment.

• Obsolet, perquè la seva regulació està pensada per al desenvolupament de l'activitat econòmica al segle XIX.

• Injustificadament onerós per al deutor, perquè habitualment en comporta l'arrest (per més que es compleixi domiciliàriament), la inhabilitació (perquè sempre se'l separa de l'administració dels seus béns) i altres interdiccions legals (per exemple, se li prohibeix l'exercici del comerç o l'administració empresarial mentre no sigui rehabilitat, i l'acompliment de càrrecs tutelars) que estigmatitzen el deutor.

• I car, tant per qui sol·licita la fallida com per al patrimoni del fallit, que ha de suportar les despeses generades pel procediment i la seva administració, sense comptar la depreciació que en la majoria de casos es produeix per l'alienació dels béns a través de subhasta.

2.1.4. La suspensió de pagaments

La suspensió de pagaments es concep com un benefici al qual es pot acollir l'empresari insolvent que vulgui arribar a un conveni amb els seus creditors. Per a la consecució d'aquest conveni és necessari verificar la situació patrimonial i financera del deutor i determinar qui són els seus creditors, perquè aquests últims, a la vista de la situació econòmica de suspens, decideixin si donen la seva conformitat al conveni proposat. La suspensió de pagaments és un benefici per a l'empresari insolvent, ja que durant la tramitació del procediment se suspenen les execucions contra ell, cosa que naturalment significa concedir-li un respir.

Pressupòsits i admissió a tràmit

Per poder acollir-se a la suspensió de pagaments només s'exigeix que el deutor insolvent sigui empresari i que presenti la corresponent sol·licitud acompanyada de la documentació que la llei requereix (balanç o estat de situació, memòria que detalli les causes d'aquesta situació econòmica i els mitjans amb què compta per pagar els deutes, la proposta de conveni, la ratificació de la sol·licitud per part de la junta general –en el cas de societat de capital–, etc.) i la presentació dels llibres comptables.

Per admetre aquesta sol·licitud, el jutge es limita a comprovar el compliment d'aquests requisits. I una vegada admès a tràmit, el jutge no pot sobreseure l'expedient tret dels pocs casos previstos per la llei: no assistència del suspens a la junta convocada per aprovar el conveni, falta de quòrum de creditors en la junta, falta de majoria de creditors per a l'aprovació del conveni.

L'admissió a tràmit de la suspensió de pagaments produeix efectes per al suspens i per als creditors. El suspens manté l'administració de la seva empresa, però la seva activitat empresarial queda sotmesa a la supervisió de tres interventors nomenats pel jutge. Això significa que el deutor no podrà fer pagaments, cobraments o negocis sense el vist-i-plau de la intervenció judicial.

Per preservar la integritat del patrimoni i assegurar l'eficàcia del conveni que s'aconsegueixi, l'admissió a tràmit de la suspensió de pagaments paralitza les execucions que estiguessin pendents contra el deutor i, lògicament, impedeix que se n'instin de noves. Queden al marge d'aquesta paralització els crèdits que tinguin el dret d'execució separada (pignoratius, hipotecaris, salarials, etc.). A més, els embargaments i administracions judicials queden substituïts per la intervenció judicial.

Declaració de la suspensió de pagaments

Tot i que els principals efectes de la suspensió de pagaments es produeixen així que el jutge l'admet a tràmit, la llei reserva per a un moment posterior la declaració formal d'aquest estat. Una vegada que els interventors

judicials han examinat la comptabilitat del deutor i han comprovat les causes que ha declarat aquest últim, han d'emetre un dictamen, que el jutge té molt en compte a l'hora de declarar el deutor en estat legal de suspensió de pagaments i de determinar si la seva insolvència és provisional o definitiva.

Si la insolvència és provisional, el procediment se simplifica, ja que el jutge convoca directament la junta de creditors. En canvi, si la insolvència és definitiva, es concedeix un termini de quinze dies al suspens perquè afianci o consigni el dèficit. Si no ho fa, els creditors que representin les 2/5 parts del passiu poden sol·licitar la fallida en un termini de cinc dies (cosa que no acostuma a passar en la pràctica). Transcorregut aquest últim termini, si no hi ha hagut aquesta sol·licitud, el jutge convoca la junta de creditors.

Encara que el manteniment en la situació d'insolvència definitiva no impedeix la continuació de la suspensió de pagaments, sí que comporta unes conseqüències especials que aproximen aquella situació a la de fallida: el jutge pot restringir les facultats administratives del suspens, és possible impugnar actes o negocis fraudulents realitzats en un període pròxim a la suspensió de pagaments,[9] i s'obre la peça de qualificació.

Formació de la llista de creditors

Mentre que en la fallida els crèdits han de ser insinuats pels mateixos creditors i aprovats i graduats per la junta de creditors (o, si s'escau, pel jutge), en la suspensió de pagaments es parteix de la relació de creditors presentada pel mateix deutor i verificada pels interventors, que confeccionen una llista provisional de crèdits que els creditors poden impugnar. El jutge resol aquestes impugnacions i fixa la llista definitiva de creditors abans de la data prevista per a la celebració de la junta. La finalitat de la confecció d'aquesta llista és determinar qui són els creditors del suspens, per quin import i quins d'ells tenen dret a abstenir-se en el conveni.

(9) En els termes dels articles 879 a 882 del Codi de Comerç, previstos per a la fallida, per remissió de l'article 21 de la Llei de Suspensió de Pagaments.

El conveni

Com ja s'ha indicat, la suspensió de pagaments persegueix que el deutor aconsegueixi un conveni amb els seus creditors. La llei no restringeix el contingut del conveni, motiu pel qual es pot proposar tant un conveni de continuació empresarial (el contingut del qual consisteixi en un quitament, una espera, o tots dos alhora) com un conveni de liquidació (el contingut del qual pot ser una dació en pagament o per a pagament, o la transmissió de l'empresa a un tercer).

Tots els creditors són convocats a junta, a la qual necessàriament ha d'assistir el deutor. Perquè la constitució de la junta sigui vàlida es requereix l'assistència de creditors que representin, com a mínim, les 3/5 parts del passiu.

Després de debatre el conveni, se sotmet a votació, i per a la seva aprovació es requereix que votin a favor la majoria dels creditors concorrents, sempre que, a més, els seus crèdits representin com a mínim les següents majories del passiu: 3/5 del passiu, si el conveni consisteix en una espera no superior a tres anys; 3/4 parts del passiu, si l'espera és superior a tres anys o si la insolvència és definitiva (si no s'aconsegueix aquesta majoria, és possible una segona convocatòria de la junta, en la qual només s'exigeix l'aprovació del conveni per les 2/3 parts del passiu). En tots aquests còmputs del passiu no es té en compte l'import dels crèdits amb dret d'abstenció, els titulars dels quals haguessin exercitat aquest dret.

Excepcionalment, en el cas que hi hagués més de dos-cents creditors, i per la dificultat que comporta que la majoria assisteixi a la junta, només s'exigeix la corresponent majoria de passiu.

També en el supòsit que hi hagi més de dos-cents creditors, es preveu la possibilitat que l'aprovació del conveni en junta se substitueixi per un tràmit escrit. Amb aquesta finalitat es concedeix un termini perquè els creditors puguin acreditar la seva adhesió al conveni proposat.

Si no es reuneixen les majories exigides, se sobreseu l'expedient. Si es reuneixen, el jutge proclama el resultat; a partir d'aleshores i dins d'un termini de vuit dies, els creditors que no haguessin votat a favor del conveni

el poden impugnar per les causes taxades per la llei. Si transcorre aquest termini sense que s'hagi impugnat el conveni, o s'hagin desestimat les impugnacions, el jutge aprova el conveni.

Igual que en la fallida, el conveni vincula el suspens i els seus creditors (tret d'aquells que, tenint el dret d'abstenció, l'haguessin exercitat). Així mateix, els efectes del conveni no s'amplien als fiadors del suspens.

Si el suspens no compleix el que s'ha pactat en el conveni, la llei preveu que qualsevol dels creditors pugui denunciar el conveni i demanar la fallida del deutor. Aquesta solució legal no és satisfactòria, perquè aquesta denúncia s'ha de canalitzar a través d'un judici declaratiu ordinari, la resolució del qual s'allarga en el temps. Per aquest motiu i pel mateix cost del judici, aquest remei és impracticable. Això es tradueix en una impunitat del deutor davant de l'incompliment del conveni. Per evitar aquestes conseqüències, en la pràctica es proposen i s'aproven convenis que, per al cas d'incompliment, preveuen la liquidació.

Valoració

El procediment de suspensió de pagaments que va introduir la Llei de l'any 1922 és àgil i senzill, i això ha permès que moltes crisis empresarials discorrin per les vies normals i els concedeixin una sortida més airosa, sobretot quan es va generalitzar en la pràctica l'admissió de convenis de liquidació. Però les mateixes raons que han permès aquests convenis de liquidació (l'absència de limitacions específiques per al contingut del conveni) també han propiciat molts abusos. Aquest procediment pretén arribar a un conveni entre el suspens i els creditors, i això és qüestió de majories. Al voltant d'això, hem presenciat pràctiques oportunistes que perverteixen la finalitat de la Llei: per exemple, la compra de crèdits per aconseguir les majories i imposar convenis abusius; i operacions inverses: l'oferta de crèdits amb imports molt incrementats, amb l'amenaça d'impugnar el conveni (i, per tant, eternitzar l'expedient, amb els perjudicis que això comporta per al suspens i per a la resta dels creditors).

2.2. La realitat concursal espanyola en els últims anys

A partir de la informació estadística es poden extreure algunes conclusions al voltant de la importància pràctica dels actuals procediments concursals mercantils.[10] Entre les dades estadístiques corresponents a les fallides i suspensions de pagaments declarades a Espanya al llarg dels darrers disset anys, convé considerar dos extrems: d'una banda, el nombre de declaracions en una i altra situació concursal; i d'altra banda, el total dels passius de les empreses declarades en fallida i suspensió de pagaments. Quant a la primera dada, s'adverteix fàcilment el canvi d'orientació en la freqüència de tots dos procediments concursals (gràfic 2.1). I pel que fa a la xifra de passius totals, s'intueix que un criteri de selecció entre la fallida i la suspensió de pagaments rau, precisament, en la dimensió de les empreses declarades en la situació concursal respectiva. (gràfic 2.2).

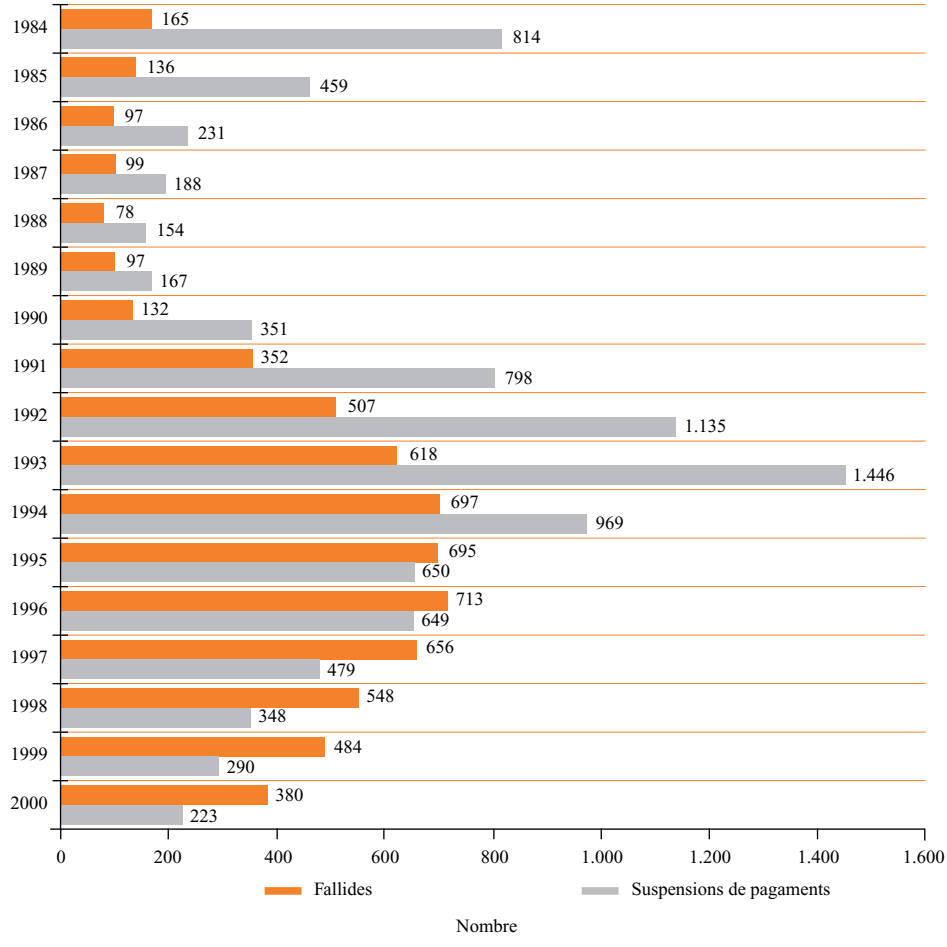
Amb aquestes dades es pot avançar que en l'actual sistema concursal, l'elecció entre l'expedient de suspensió de pagaments o el procediment de fallida no es basa en les finalitats preteses (liquidadora en la fallida, conservativa en la suspensió de pagaments) que, amb caràcter general, solen afirmar-se d'aquests procediments, ni en la diferent situació econòmica de les empreses que acudeixen a un expedient o a l'altre (més crítica en les fallides que en les suspeses).

Amb la informació continguda al gràfic 2.1, es veu clarament que des de la segona meitat de la dècada dels noranta, s'ha produït una clara inversió de procediment concursal més freqüent. Des de 1995 ja no es pot mantenir que hi hagi la coneguda «fuga de la fallida» cap a la suspensió de pagaments; més aviat el nombre de fallides supera el de suspensions de pagaments. També podria passar, encara que d'aquesta dada no s'ofereix informació estadística, que algunes de les declaracions de fallida siguin consecutives a declaracions de suspensió de pagaments, perquè en aquest últim cas no ha prosperat la consecució d'un conveni.

(10) Font: Elaboració pròpia segons dades de l'estadística de declaracions de fallides i suspensions de pagaments de l'INE. Per a les dades des de 1994: http://www.ine.es/htdocs/daco/daco42/dacoqs.htm. Les dades de l'any 2000 encara són provisionals.

Gràfic 2.1

NOMBRE DE FALLIDES I DE SUSPENSIONS DE PAGAMENTS A ESPANYA (1984-2000)

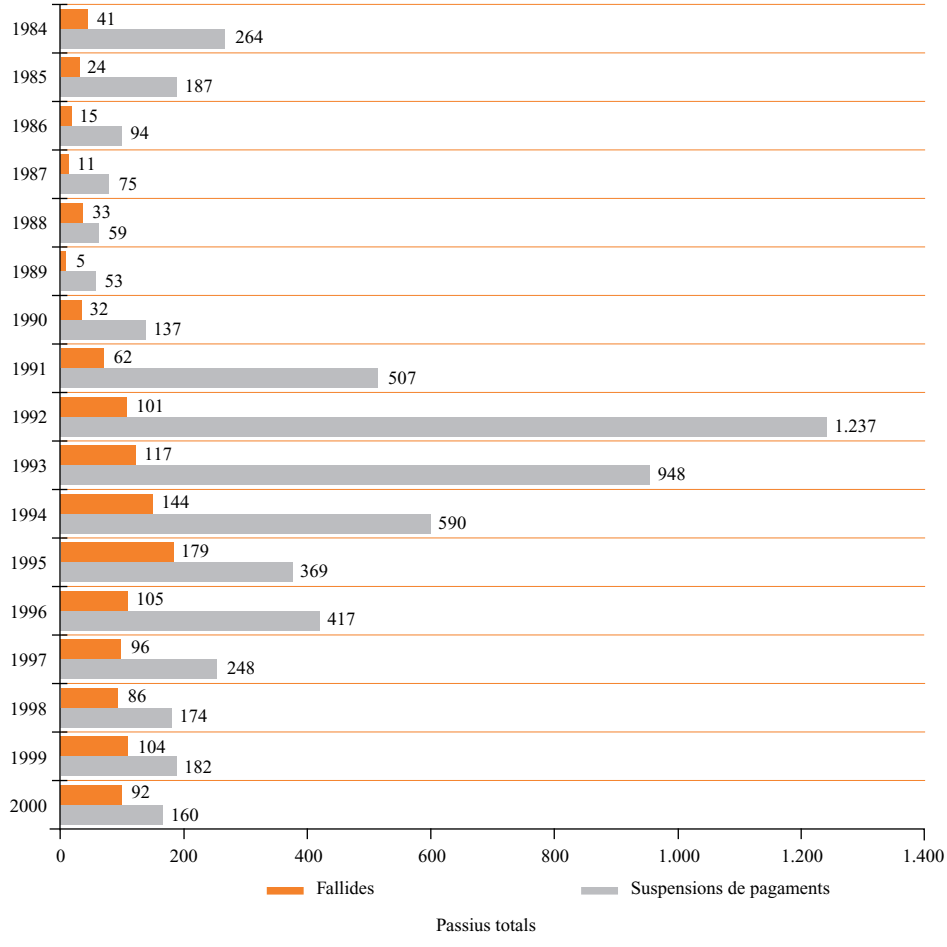


D'altra banda, i tenint en compte les xifres de passius totals en els procediments concursals respectius (gràfic 2.2) –i sense deixar de reconèixer que, com que es tracta de xifres globals, el seu significat s'ha de ponderar amb cautela–, es pot dir que l'expedient de suspensió de pagaments queda reservat, en principi, a les empreses més grans. En canvi, en general, les pe-

Gràfic 2.2

PASSIUS TOTALS DE FALLIDES I DE SUSPENSIONS DE PAGAMENTS A ESPANYA (1984-2000)

Arrodonit a milers de milions de pessetes constants (any base: 2000, desembre)



tites i mitjanes empreses insolvents no tenen més remei que recórrer a la fallida per posar fi ràpidament a aquesta situació, ja que és excessivament onerós arrossegar els costos directes i indirectes que implica sostenir la tramitació de la suspensió de pagaments. Efectivament, si es fa una mitjana dels

passius de les fallides i de les suspensions de pagaments, s'observa fàcilment que la mitjana de passiu en aquestes últimes és notablement superior al de les fallides. Tenint en compte això, sembla encertat sostenir que la situació financera de les empreses insolvents no és determinant a l'hora de triar entre fallida i suspensió de pagaments.

III. Breu referència a algunes reformes concursals recents en nacions europees. El dret comunitari

De molt, excedeix dels objectius d'aquest treball fer una exposició exhaustiva del Dret Comparat en matèria concursal. Més aviat ens limitarem a fer referència a les últimes reformes legislatives que han tingut lloc en ordenaments jurídics del nostre entorn que, per la seva tradició, han influït i influeixen en el nostre. Es tracta de lleis concursals promulgades al llarg de la dècada dels noranta; en concret, les d'Alemanya, Portugal i França. En alguns passatges d'aquest estudi, ressaltarem la influència que han tingut –si més no com a font d'inspiració– en el nostre Avantprojecte de Llei Concursal del 2001.

També farem una menció al recent Reglament Comunitari 1346/2000, que ha d'entrar en vigor el pròxim 31-V-2002, perquè és el marc normatiu directament aplicable en els procediments concursals en què el deutor tingui el centre dels seus interessos principals en el territori de la Comunitat Europea.

3.1. Alemanya

El Parlament alemany va aprovar el 5-X-1994 la ***Insolvenzordnung*** (InsO),[1] l'entrada en vigor de la qual es va ajornar fins a l'1-I-1999. Aquesta Ordenança apareix acompanyada d'una llei d'implantació de la mateixa data (*Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung*). La mateixa durada d'aquesta *va-*

(1) *Bundesgesetzblatt* 1994, I, pàgs. 2866 ss.; entrada en vigor: 1-I-1999.

catio legis posa de manifest la profunditat de la reforma, ja que amb ella es deroga la legislació concursal tendent tant a la liquidació (continguda en la *Konkursordnung* de 1877) com al conveni concursal (en la *Vergleichsordnung* de 1935), i la corresponent normativa sobre execució col·lectiva dels nous *Länder* (*Gesamtvollstreckungsordnung* de 1990 i *Gesamtvollstreckungs-Unterbrechungsgesetz* de 1991).

Amb la *Insolvenzordnung* s'estableix un sistema concursal **unitari**, l'elaboració del qual ha estat precedida per una extensa discussió doctrinal. És un text extens i minuciós, compost de 335 paràgrafs i que s'aplica a qualsevol deutor insolvent (és a dir, independentment que tingui o no la condició d'empresari).

El procediment d'insolvència té com a **objectiu** satisfer els creditors de la millor manera possible, independentment de quina sigui la solució adoptada: la liquidació del patrimoni del deutor, però també el sanejament, si es tracta d'un deutor empresari. A més, per al cas del deutor persona física, s'introdueix com a novetat un procediment especial pel qual es permet que s'alliberi dels deutes residuals (és a dir, els que no siguin satisfets mitjançant el concurs).

Davant la insolvència d'un deutor comú, el procediment concursal transcorre a través de les fases següents. L'**obertura del procediment** pot ser instada pel deutor o per qualsevol creditor sobre la base de la incapacitat de pagament (*Zahlungsunfähigkeit*) del deutor. A més, amb la finalitat de procurar una obertura oportuna del procediment, si és el deutor el que sol·licita el concurs, també ho pot fer en el cas que la seva incapacitat de pagament sigui imminent o que hi hagi una situació d'amenaça d'insolvència (*drohende Zahlungsunfähigkeit*). Si actua així, també facilitarà que se li puguin mantenir les facultats d'administrar i de disposar del seu patrimoni; i viceversa, si el deutor persona física retarda en excés la sol·licitud de concurs, perdrà la possibilitat d'alliberar-se dels deutes residuals. I, si bé només per a les persones jurídiques, el sobreendeutament (*Überschuldung*) també és un pressupòsit objectiu del concurs.

En matèria d'òrgans concursals ocupa un lloc molt destacat l'**administrador de la insolvència** (*Insolvenzverwalter*), que és designat pel jutge.

No obstant això, el jutge pot autoritzar el deutor perquè administri i disposi del seu patrimoni sota la vigilància d'un interventor (*Sachwalter*).

Una altra nota que caracteritza el nou sistema és la intensificació de les **accions impugnatives** concursals per anul·lar els actes de disposició patrimonial anteriors al concurs i perjudicials per a la massa. Això s'aconsegueix mitjançant l'ampliació dels terminis legals en què queden compresos els actes susceptibles d'impugnació, amb la limitació de les premisses subjectives per a aquesta impugnació (que se xifren en la culpa greu) i amb l'establiment de les presumpcions legals corresponents.

En el desenvolupament del procediment té un paper significatiu l'autonomia reconeguda als **creditors.** Així, sobre la base d'un informe de l'administrador de la insolvència, la junta de creditors decideix si l'empresa ha de ser liquidada o si continua l'explotació empresarial, amb vista al seu sanejament. L'administrador de la insolvència ha de preparar aquesta decisió de la junta de creditors en una fase inicial que pot durar, a tot estirar, tres mesos, comptats a partir de la declaració de concurs.

La solució del sanejament empresarial es construeix a través de la figura del **pla d'insolvència** (*Insolvenzplan*), l'estructura i la funció del qual estan bastant inspirades en el model nord-americà del pla de reorganització regulat al capítol 11 del títol 11 del *United States Code*.(2) Ara bé, s'ha de destacar que el pla d'insolvència pot preveure no tan sols el sanejament empresarial, sinó també la liquidació. Aquest pla d'insolvència pot ser proposat pel deutor o per l'administrador de la insolvència. L'acceptació dels creditors es fa per grups: creditors amb dret d'execució separada, creditors ordinaris i creditors subordinats, si el pla determina que els seus crèdits no s'han de considerar remesos. S'estableix un mecanisme de protecció de les minories, en el sentit que el creditor no ha de perdre, sense el seu consentiment, el valor que li cor-respondria si s'hagués optat per la liquidació en lloc del pla. Un cop aprovat el pla, es pot encarregar a l'administrador que en supervisi el compliment.

Mereix una atenció especial el tractament dels **crèdits garantits**, aspecte en el qual s'introdueixen grans canvis respecte de la normativa ante-

(2) Als Estats Units d'Amèrica, la normativa sobre *Bankruptcy* s'integra des de 1978 en el títol 11 del *United States Code*. El seu capítol 7 s'ocupa de la *liquidation*, mentre que el capítol 11 tracta de la *reorganization*.

rior. Així, aquests crèdits s'inclouen en el procediment concursal, de manera que poden participar en la junta i votar-hi. D'altra banda, els béns mobles del deutor cedits en garantia o subjectes a reserva de domini poden ser realitzats per l'administrador de la insolvència, per més que al creditor garantit se li reconegui un dret d'entrada en les alienacions projectades i un dret d'iniciativa per agilitar la realització d'aquests béns. Finalment, els drets dels titulars de crèdits garantits poden ser modificats pel pla d'insolvència.

Si el patrimoni del deutor és objecte de **liquidació**, tots els crèdits ordinaris són satisfets a prorrata. Convé subratllar que la plèiade de **privilegis** generals existent anteriorment queda retallada en el nou sistema. No obstant això, mereixen una protecció especial els crèdits dels treballadors, els drets dels quals es tutelen, a més, a través d'un pla social (*Sozialplan*); amb tot això, les previsions juridicolaborals s'insereixen en la normativa concursal.

D'altra banda, hi ha regles especials per a la insolvència dels **consumidors**. En primer lloc, el deutor ha d'intentar un acord extrajudicial amb els seus creditors. Si aquest remei fracassa (i per això ha d'acreditar especialment que ho ha intentat en els sis mesos anteriors), es recorre al procediment concursal davant del jutge. També aquí el jutge facilitarà, sobre la base d'un pla de renegociació de deutes presentat pel deutor, que s'arribi a un acord entre els creditors i el deutor. Per a això, el jutge pot fins i tot arribar a considerar que consent el pla algun creditor que hi hagi formulat objeccions, sempre que aquest pla hagi estat acceptat per una determinada majoria de creditors i que el seu contingut sigui adequat. Si tanmateix no s'aconsegueix l'acceptació del pla, entra en escena un procediment d'insolvència simplificat.

Al deutor persona física que hagi observat un comportament honest, se li permet la possibilitat que s'**alliberi dels deutes residuals**. Ara bé, per evitar abusos en aquest benefici legal, aquesta exoneració de deutes està subjecta a uns requisits estrictes, en atenció a la conducta anterior del deutor en l'àmbit econòmic, al compliment dels seus deures d'informació i de col·laboració durant el procediment, i a què –per satisfer els creditors– cedeixi els seus ingressos embargables durant un període de set anys comptats a partir de la clausura del procediment.

Finalment, a la *Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung* hi ha alguns principis de **Dret Concursal Internacional** que, en bona mesura, s'acomoden a les normes del Reglament Comunitari 1346/2000, de 29-V-2000.

3.2. Portugal

En la dècada dels noranta, Portugal ha procedit a reformar la seva legislació concursal, que pren carta de naturalesa legal en el ***Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência***, aprovat pel *Decreto-Lei* n. 132/93, de 23-IV-1993.(3)

Com s'afirma en la seva interessant Exposició de Motius, el **principi** que informa aquest sistema legal és clar: procurar un instrument jurídic que possibiliti auxiliar eficaçment les empreses nacionals que es trobin en dificultats financeres, però que siguin econòmicament viables.

Per això, el sistema concursal portuguès s'articula entorn de dos processos: la fallida (*falência*) i la recuperació d'empreses insolvents. La fallida té com a finalitat l'extinció de l'empresa deutora. La recuperació d'empreses es pot desenvolupar a través de quatre mesures: el concordat, l'acord de creditors, la reestructuració financera i la gestió controlada. La insolvència del deutor és el pressupòsit objectiu de tots dos processos, que tenen una fase introductòria comuna. Es permet el trànsit d'un procés a l'altre, encara que es reconeix la prioritat de la recuperació empresarial sobre la fallida.

Per assegurar l'eficàcia del sistema, el Codi també redissenya el sistema d'**òrgans concursals**. Tant la fallida com la recuperació d'empreses, es judicialitzen i desapareixen les «*Câmaras de Fâlencias*» i les figures del síndic i de l'administrador de fallides. En canvi, s'atorga més importància a la comissió de creditors, i al gestor judicial (en el procés de recuperació) o al liquidador judicial (en el procés de fallida), la lliure designació i control dels quals competeix a la comissió de creditors.

En els trets definidors dels dos processos contemplats (fallida i recuperació d'empreses) s'afirma la **prioritat de la recuperació empresarial**.

(3) *Diário da República – I Série-A*, n. 95, de 23-IV-1993, págs. 1976-2005. Aquest Codi va entrar en vigor als noranta dies de la data de la seva publicació.

Ara bé, aquesta preferència de les mesures de recuperació es concep de manera molt diferent a l'orientació que informava la normativa portuguesa d'intervenció pública i sanejament de finals dels setanta (caracteritzada per la discrecionalitat administrativa i pel reduït paper atorgat als creditors). El sistema tendent a la recuperació d'empreses en situació financera difícil però considerades econòmicament viables, es va modificar el 1986 i el 1990: es va judicialitzar el procés, el desenvolupament del qual es confiava a un perit qualificat, i es va atorgar més protagonisme a la junta de creditors; a més, els mitjans de recuperació empresarial es van sistematitzar entorn de la gestió controlada de l'empresa.

No obstant això, amb el nou sistema es parteix de la necessitat de distingir entre les empreses insolvents que poden ser considerades econòmicament viables o no. Si l'empresa no té expectatives de millora financera, no s'ha d'imposar més sacrificis als seus creditors. En un lúcid passatge de l'Exposició de Motius del Codi s'afirma: «*Els programes de recuperació econòmica de l'empresa insolvent no són plans de caritat evangèlica aplicats als que en depenen, perquè no és en aquest vessant de la vida social on la caritat troba el seu lloc*». Per tant, la fallida es reserva per a les empreses insolvents que, a més, siguin econòmicament inviables, i només les empreses insolvents que demostrin tenir realment viabilitat econòmica es poden acollir a les mesures de recuperació.

El procés de **fallida** es caracteritza per l'alleugeriment dels seus tràmits. Així, el procés s'extingeix immediatament en cas de falta d'actiu realitzable. Es permet posar fi ràpidament al procés amb un acord extraordinari de liquidació. Les operacions de liquidació es realitzen de manera immediata (sense haver d'esperar a la conclusió de les operacions de reconeixement i de gradació de crèdits, la prolongació de les quals es tradueix en el demèrit dels actius) i es facilita la ràpida transmissió del patrimoni empresarial. Se simplifica el sistema de recursos a les resolucions dictades en el procés.

Però, sens dubte, la novetat més important que s'incorpora al procés de fallida és el tractament dels crèdits privilegiats. L'experiència pràctica demostra que la proliferació de privilegis produeix efectes perniciosos sobre les possibilitats de recuperació empresarial: els creditors privilegiats, conscients de la seva segura situació, es desentenen de la sort del deutor en el

procés concursal; els creditors ordinaris no continuaran donant-li més crèdit quan la situació d'insolvència és imminent, perquè temen que els crèdits privilegiats esgotin el reduït patrimoni del deutor. Per tant, els sacrificis que les mesures de recuperació impliquen per als creditors (sacrificis que el Codi justifica amb raons de solidaritat nacional, econòmica i social) exigeixen que l'Administració Pública comenci donant exemple, i així el «revolucionari» art. 152 estableix que, un cop declarada la fallida, s'extingeixen immediatament els privilegis creditors de l'Estat, els municipis i les institucions de seguretat social, els crèdits respectius dels quals passen a ser exigibles com a crèdits ordinaris.

Com ja s'ha indicat, el procés de **recuperació d'empreses** s'instrumenta a través de quatre mesures possibles: el concordat, l'acord de creditors, la reestructuració financera i la gestió controlada. Un element comú de totes dues és la majoria requerida per a la seva aprovació: el 75%, almenys, dels crèdits reconeguts (tant comuns com preferents), sempre que no s'hi oposin creditors que representin, almenys, el 75% dels crèdits afectats per la mesura.

El concordat i l'acord de creditors deixen de ser considerats simples mesures suspensives o preventives de la liquidació del patrimoni del deutor per convertir-se en instruments jurídics de recuperació d'empreses econòmicament viables. Per això, la remissió que es pacti dels deutes s'entén sense perjudici que el deutor aconsegueixi millor fortuna en un termini de deu anys. L'adopció d'aquestes mesures va precedida de l'anàlisi empresarial per part del gestor judicial i requereix l'aprovació dels creditors.

La reestructuració financera consisteix en mesures de sanejament financer aprovades pels creditors, amb la finalitat de reestructurar el passiu del deutor per arribar a una situació de patrimoni net i de fons de maniobra positius. Aquesta mesura té un abast menor que la gestió controlada, ja que la reestructuració financera comprèn actuacions més simples, d'execució immediata o a curt termini, i per això no hi ha necessitat de substituir l'administrador de l'empresa ni d'elaborar un pla global d'activitat.

La gestió controlada comporta l'aprovació d'un pla d'actuació empresarial, de durada flexible, i l'execució del qual s'encarrega a una nova administració.

Finalment, la prioritat de les mesures de recuperació empresarial es confirma a través d'una sèrie d'incentius fiscals que les acompanyen. D'altra banda, es disciplinen els aspectes juridicocomptables de les conseqüències patrimonials derivades de la realització d'aquestes mesures.

3.3. França

El Dret Concursal francès (agrupat sota la rúbrica de *droit des entreprises en difficultés*) es recull a la ***Llei núm. 84-148, d'1-III-1984***, relativa a la prevenció i a l'acord amistós de les dificultats de les empreses; a la ***Llei núm. 85-98, de 25-I-1985***, relativa al sanejament o reestructuració judicial (*redressement judiciaire*) i a la liquidació judicial d'empreses; i a la ***Llei núm. 85-99, també de 25-I-1985***, relativa als administradors judicials, mandataris-liquidadors i experts en diagnòstic d'empresa.

Les dues primeres lleis han estat modificades per la ***Llei 94-475, de 10-VI-1994***, relativa a la prevenció i al tractament de les dificultats de les empreses. Amb aquesta Llei es persegueixen diversos objectius: intentar que els mecanismes de prevenció siguin més eficaços, accelerar i simplificar el decurs del procediment, millorar la sort dels crèdits, en particular, la dels que tenen garantia hipotecària (especialment en el cas que l'empresa insolvent sigui liquidada), reduir els efectes de «contagi» que comporten les insolvències en cadena i, finalment, moralitzar els plans de sanejament i evitar que desemboquin en liquidacions diferides.

El sistema francès sobre empreses en situació de crisi econòmica es compon bàsicament de dues peces: una que podríem denominar Dret Preconcursal, i una altra que constitueix el Dret Concursal com a tal. Aquest sistema es caracteritza per considerar un doble moment en les mesures que es poden adoptar per posar remei a la situació de crisi econòmica empresarial. El punt que separa aquests dos moments és la cessació de pagaments.

Abans que es produeixi aquesta cessació no és possible recórrer a procediments col·lectius, sinó que per a aquesta fase **preconcursal**, la Llei de 1984 pretén reforçar els mecanismes de prevenció i d'alerta, així com estimular l'acord entre el deutor i els seus creditors mitjançant un acord amis-

tós (*règlement amiable*). Per a això té com a principis rectors la rapidesa i la discreció. El sistema preventiu s'articula bàsicament a través de la instauració d'un sistema d'informació que permeti previsions fiables sobre la situació financeropatrimonial de l'empresa. Entre els mecanismes d'alerta, hi té un paper molt important el deure de control imposat als auditors de comptes. Amb tot això es tracta de diagnosticar a temps els indicis que l'empresa es troba en dificultats financeres i evitar així que es degradi progressivament. L'acord amistós entre el deutor i els seus creditors té un caràcter marcadament extrajudicial; no obstant això, des de l'any 1994 és possible recórrer al jutge perquè homologui l'acord o ordeni la suspensió provisional dels pagaments.

D'altra banda, quan fallen els remeis anteriors, entra en joc el **Dret Concursal**. Amb aquest dret es tracta, és clar, d'adoptar el tractament convenient de les insolvències, ja sigui a través de la liquidació empresarial per al pagament dels crèdits, ja sigui mitjançant la reestructuració empresarial (que pot desembocar en la continuació de l'empresa o en la cessió). Això s'articula a través dels procediments concursals, de marcat caràcter judicial, dels quals s'ocupa la Llei núm. 85-98, de 25-I-1985. Aquesta Llei instaura una diversitat de procediments d'acord amb la dimensió de l'empresa: un de general, per a empreses de grans dimensions (amb almenys 50 treballadors o amb una xifra de negocis superior a vint milions de francs); i un altre de simplificat, per a les altres empreses, que és el que s'utilitza majoritàriament. Aquest sistema substitueix els anteriors procediments de l'acord judicial, la liquidació de béns i la suspensió provisional de pagaments, la legislació dels quals datava de 1967.

Els actuals procediments col·lectius de sanejament i de liquidació afecten tant el deutor (limitant la seva capacitat gestora, si bé durant el període d'observació la intensitat de la intervenció és variable en funció de les necessitats de tutelar els interessos dels creditors i de garantir el sanejament de l'empresa) com els seus creditors (pel necessari litisconsorci actiu que comporten).

En l'àmbit orgànic, una altra Llei de 25-I-1985, la núm. 85-99, regula tres tipus de professionals que intervenen en el desenvolupament d'aquests

procediments. D'una banda, els *administradors judicials*, que s'encarreguen de gestionar (o d'assistir a la gestió o de vigilar-la) el patrimoni empresarial sotmès al procediment de sanejament judicial). En segon lloc, els *mandataris-liquidadors* que, com que són mandataris judicials per a la liquidació d'empreses, representen els creditors en les operacions de determinació del passiu, i realitzen els béns del deutor en cas de liquidació judicial. I, finalment, els *experts en diagnòstic*, els quals, en la fase preliminar d'observació, analitzen si l'empresa pot ser sanejada o si s'ha de liquidar.

Com ja hem dit, una vegada produïda la cessació de pagaments, entren en joc els procediments col·lectius (regulats per la Llei núm. 85-98). Per a això, hi ha una primera fase d'observació, a fi que, mitjançant un informe de l'administrador judicial sobre la situació de l'empresa, es pugui adverar la gravetat de la crisi econòmica, i d'acord amb el resultat d'aquesta anàlisi, el jutge decideixi la liquidació (és a dir, la liquidació de l'actiu per pagar el passiu amb el producte obtingut) o el sanejament empresarial (a través d'un *plan de redressement*).

Durant aquesta fase d'observació, l'empresa continua la seva activitat. Això no obstant, quan l'empresa ha cessat totalment l'activitat o bé sanejar-la és manifestament impossible, la Llei de 1994 preveu que es pugui declarar immediatament la liquidació judicial sense obrir la fase d'observació. D'això es dedueix que amb aquesta Llei s'estableix un mecanisme alternatiu: o el sanejament judicial o la liquidació judicial immediata.

Amb caràcter general, aquest període d'observació té una durada inicial màxima de sis mesos, que es pot prorrogar sis mesos més, i excepcionalment, vuit mesos més. No obstant això, hi ha un procediment simplificat en el qual el període d'observació s'abreuja (quatre mesos, renovables per quatre més), ja que la reduïda dimensió de l'empresa possibilita un diagnòstic ràpid.

Acabada la fase d'observació, s'obre la fase definitiva que pot desembocar en dues solucions: la liquidació o el sanejament (i aquest, al seu torn, es pot instrumentar mitjançant la cessió empresarial o la continuació). L'opció entre les dues alternatives –liquidació o sanejament– depèn de la gravetat de les dificultats financeres de l'empresa. Si no és possible sanejar l'empresa, el jutge en decidirà la liquidació. En el cas que es decideixi el sa-

nejament, aquest es pot fer a través de la continuació empresarial, de manera que l'activitat empresarial es manté en el si de la pròpia empresa, si bé el seu passiu s'ha reestructurat com a resultat del pla aprovat. Però si el sanejament discorre a través de la cessió, l'activitat empresarial es desenvoluparà en el si d'una altra empresa (cessionària); aquesta cessió pot ser total o parcial, i fins i tot es pot combinar amb la fórmula de la continuació.

3.4. El Reglament comunitari sobre procediments d'insolvència

En els procediments concursals en què el centre dels interessos principals del deutor estigui situat en la Comunitat Europea s'aplicarà, a partir del 31-V-2002, el ***Reglament (CE) 1346/2000***, de 29-V-2000, sobre procediments d'insolvència.[4] En aquest Reglament s'estableix la competència judicial, el reconeixement i els efectes de les resolucions dictades en els procediments d'insolvència i el dret aplicable a aquests procediments.

Per procediments concursals s'entén els procediments col·lectius basats en la insolvència del deutor, que impliquen el desapoderament parcial o total d'aquest últim i el nomenament d'un síndic. Només s'exclouen els procediments relatius a entitats de crèdit, a asseguradores o a empreses de serveis d'inversió.

El Reglament s'aplica als procediments concursals en què el **centre dels interessos principals** del deutor estigui situat en la Comunitat Europea (centre d'interessos principals que, en el cas de les persones jurídiques, se suposa que és el lloc del domicili social). Els **tribunals competents** per a l'obertura del procediment concursal són els de l'Estat membre en el territori del qual es troba aquest centre d'interessos principals del deutor. Aquest procediment és l'anomenat principal, perquè té un abast universal i afecta tots els béns del deutor. No obstant això, paral·lelament es poden tramitar procediments secundaris en aquells Estats membres on el deutor tingui algun establiment: l'abast d'aquests procediments secundaris es limita als béns situats en l'Estat en qüestió.

(4) Diari Oficial de la Comunitat Europea, núm. L 160/1, de 30-VI-2000.

El principi fonamental que inspira aquest sistema comunitari és el següent: la resolució d'obertura del procediment principal té una **eficàcia directa** sobre els restants Estats membres, tret de la possibilitat que es tramiti algun procediment secundari.

D'això deriva que la **llei de l'Estat d'obertura** del procediment concursal (principal) determina els efectes processals i materials del concurs: és a dir, les conseqüències sobre les persones i relacions jurídiques implicades, i les regles i efectes de l'obertura, del desenvolupament i de la conclusió del procediment concursal (inclosa, és clar, l'eficàcia de l'eventual conveni que s'aconsegueixi). Això implica, per exemple, que el nomenament del síndic en l'Estat d'obertura provoca efectes sobre tots els Estats membres, i en ells el síndic també podrà exercir les facultats pròpies del càrrec (en particular, les accions reivindicatòries i rescissòries que procedeixin en interès de la massa). Només s'exclouen d'aquest reconeixement directe aquelles mesures que limitin la llibertat personal i el secret postal, i aquelles altres que afectin l'ordre públic d'un Estat membre. D'altra banda, s'inclouen algunes excepcions a la regla segons la qual el procediment concursal es regeix per la legislació de l'Estat d'obertura: passa així en el cas dels drets reals, en l'admissió de la compensació, en els sistemes de pagament o compensació en mercats financers i en les relacions laborals.

Dues mesures s'articulen per facilitar aquesta eficàcia directa del procediment principal en els restants Estats membres. D'una banda, es preveu un adequat sistema de **publicitat** de la resolució d'obertura: aquesta resolució es publicarà en els Estats membres on el deutor tingui algun establiment, i s'inscriurà en els registres públics que procedeixi. D'altra banda, s'ordena un sistema de **comunicació** del procediment a tots els creditors coneguts que tinguin el domicili o la residència habitual en els restants Estats membres.

Segona part

CLAUS PER A LA REFORMA CONCURSAL

IV. Unificació legal, de disciplina i de procediments

Avui dia, la regulació concursal, a més d'estar bàsicament composta per textos legals molt antics, es caracteritza per tres defectes.

• D'una banda, està dispersa en una multiplicitat de cossos normatius, als quals en ocasions es confereix un tractament privilegiat per a determinats creditors.

• En segon lloc, l'ordenament considera la solució concursal de manera diferent segons que el deutor insolvent sigui comerciant o no ho sigui.

• I finalment, pretén oferir procediments diferents en funció de quina sigui la finalitat perseguida (liquidadora o conservativa).

Posats a proposar una reforma concursal, seria desitjable que aquesta reforma nasqués amb la vocació de regular tots els aspectes materials i processals de la situació d'insolvència d'un deutor. I, a més, que donés un tractament adequat i complet a la situació d'insolvència d'un deutor, tant si es dedica professionalment a l'exercici d'una activitat empresarial com si no s'hi dedica, i amb independència de la solució que s'adopti davant de la situació d'insolvència.

4.1. Unitat legal

El sistema concursal espanyol vigent no pot ser considerat un autèntic ordenament, sinó que es tracta d'un desordenament que resulta inviable.

En el tractament de la insolvència conflueixen, al costat de les originàries normes substantives recollides al Codi Civil de 1888/89, al Codi de Comerç de 1885 i en la Llei de Suspensió de Pagaments de 1922, normes processals contingudes essencialment en la Llei d'Enjudiciament Civil de 1881, en el Codi de Comerç de 1829 i en la mateixa Llei de Suspensió de Pagaments. I amb el pas del temps han proliferat en l'ordenament juridicoprivat diverses disposicions legals que disciplinen aspectes relacionats amb el concurs, ordinàriament al fil del reconeixement de determinats privilegis o de l'exclusió de certes conseqüències generals del concurs. Així, per exemple, s'especifica l'abast de la declaració concursal sobre determinats contractes, que tenen una regulació especial: Llei de Contracte d'Assegurança de 1980, Llei del Contracte d'Agència de 1992, Llei de Contractes de les Administracions Públiques del 2000. O es matisa l'abast de la sanció d'ineficàcia en el període de retroacció de la fallida: Llei del Mercat Hipotecari de 1981, la Llei del Mercat de Valors (en la reforma de 1998), Llei reguladora de les Entitats de capital-risc i de les seves societats gestores de 1999. O es privilegia el tractament de determinats crèdits reconeixent-los un dret de preferència de cobrament o d'execució separada o d'abstenció en el conveni: Llei d'Hipoteca Naval de 1893, Llei d'Hipoteca Mobiliària i Penyora sense Desplaçament de 1954, Llei del Contracte d'Assegurança de 1980, Llei de Propietat Intel·lectual de 1996, Llei de Vendes a Terminis de Béns Mobles de 1998.

I això parlant només de l'àmbit del Dret Privat. Perquè a més, hi ha altres normes de naturalesa administrativa i laboral que regulen els interessos econòmics de creditors privilegiats (com són les administracions públiques i els treballadors) davant la insolvència del seu deutor. En aquestes normatives es reconeixen preferències de cobrament, drets d'abstenció en el conveni i, el que és més important, la possibilitat d'executar els crèdits al marge del concurs.

Aquesta disparitat normativa augmenta la confusió sobre la sort que pot tenir un procés concursal i dóna motiu a abusos. Per això és necessari integrar en un sol text normatiu tots els aspectes substantius i processals que afecten el concurs. Però és que, a més, no hi ha cap raó per deixar fora de la Llei Concursal la regulació de les posicions jurídiques de la Hisenda Pública, de la Seguretat Social o dels treballadors davant la situació d'insolvència del seu deutor.

La unitat legal s'ha d'ampliar també a les normes de Dret Internacional Privat, especialment en una època com l'actual, que es caracteritza per la globalització de l'economia, amb la qual cosa les empreses freqüentment desenvolupen la seva activitat econòmica en una pluralitat d'Estats. Cal preveure quan i com s'ha de tramitar el concurs davant els tribunals espanyols i l'extensió dels seus efectes fora de les nostres fronteres. En aquest sentit, les previsions de l'Avantprojecte de Llei Concursal (articles 199-230) semblen encertades.

4.2. Unitat de disciplina

Històricament hi ha hagut un tractament divers per a les situacions d'insolvència en funció que el deutor fos un comerciant o no ho fos. Com a mesura de protecció del tràfic econòmic i tenint en compte les greus conseqüències que comportava la insolvència d'un comerciant, aquest últim era tractat amb més rigor. Això justificava una regulació diferent a la que generalment es disposava per al deutor no comerciant, i amb aquesta vocació es va originar el procediment de fallida. Amb el pas del temps, però, aquesta severitat en el tractament del comerciant insolvent s'ha anat mitigant i se li ha concedit la possibilitat d'acudir a expedients més beneficiosos (en el nostre país, la suspensió de pagaments). D'altra banda, en la pràctica, s'ha constatat que en la majoria dels procediments d'insolvència el deutor és un empresari, i és molt excepcional el concurs d'un deutor civil.

Sens dubte, la circumstància que el deutor insolvent sigui un empresari ha de tenir conseqüències en el tractament de la seva insolvència. Sobretot les derivades del deure públic de dur una comptabilitat ordenada i adequada a la seva empresa. Però aquestes especialitats pròpies de la condició d'empresari no justifiquen una dualitat de procediments, sense perjudici que aquestes especialitats es reflecteixin en exigències concretes dins d'un mateix procediment concursal, requerides només per al cas que el deutor sigui empresari.

4.3. Unitat de procediment: la possibilitat de procediment simplificat

El procediment concursal pot concloure's amb solucions diferents: fonamentalment, la liquidació o la continuació empresarial a través del con-

veni. Ara bé, aquesta diversitat de solucions no és incompatible amb el tractament comú de la primera fase del concurs, d'obertura del concurs i d'adopció de les primeres mesures d'assegurament. En altres paraules: les sortides del concurs poden ser diverses, però l'entrada ha de ser única. Això implica l'existència d'un sol procediment a través del qual ha de discórrer la insolvència de qualsevol deutor comú que estigui configurat amb la flexibilitat suficient com per permetre que, després d'una primera fase comuna, es pugui optar per una solució liquidadora o per una altra de concordatària, cadascuna d'elles amb els seus tràmits específics.

D'aquesta manera es posaria fi a la paradoxa actual segons la qual procediments totalment diferents, com són la fallida i la suspensió de pagaments, originàriament concebuts per donar solucions diferents a situacions també diferents, siguin utilitzats amb finalitats contraposades: fallides que conclouen amb convenis de continuïtat, i suspensions de pagaments en les quals es persegueix i s'aconsegueix la liquidació. Amb l'actual situació s'origina la falsa aparença que són procediments intercanviables, però la veritat és que les conseqüències jurídiques segons que se segueixi un procediment o l'altre són diferents. Per citar un exemple, només cal fixar-se en els efectes de la fallida sobre la persona del fallit (al qual s'inhabilita i arresta domiciliàriament) i sobre els seus béns (dels quals és desposseït) o en l'abast de la retroacció de la fallida, i contrastar-los amb el que passa en la suspensió de pagaments: el suspens manté, en general, la gestió dels seus negocis, si bé sota la supervisió de la intervenció judicial, i no hi ha retroacció pròpiament dita.

És necessari, doncs, simplificar la disparitat de procediments a través d'un de sol que permeti la dualitat de solucions. Això significa que la situació econòmica que ha de conduir a l'obertura del procediment ha de ser la mateixa (la insolvència), amb independència que, una vegada iniciat el procediment s'exigeixin unes circumstàncies diferents per optar per una solució o per l'altra.

Aquests tres postulats –unitat legal, unitat de disciplina i unitat de procediment– han estat presents en tots els intents de reforma de la nostra legislació concursal des de l'any 1959. També els recull l'Avantprojecte de Llei Concursal del 2001.

En un altre ordre de coses, en el si d'aquest procediment unificat fóra convenient d'introduir algunes simplificacions quan el deutor insolvent sigui un consumidor o un empresari petit (per a aquest segon cas podria adoptar-se el criteri establert legalment per a la formulació del balanç abreujat). En Dret Comparat hi ha abundants exemples de procediments concursals simplificats; és el cas d'Alemanya,[1] de França,[2] del Perú...[3]

Aquestes especialitats procedimentals es traduirien en dotar el procediment amb major rapidesa: per exemple, escurçant el termini en què l'administrador judicial ha d'emetre el seu informe i els documents annexos, atès que en aquests casos la fase preparatòria revesteix menor complexitat. D'altra banda, s'haurien d'abaratir els costos del procediment, per a la qual cosa es designaria un únic administrador judicial (que reunís la condició d'auditor).

Ara bé, la simplificació procedimental es fonamenta en el menor volum (i, en conseqüència, la major simplicitat) de les operacions sobre les masses activa i passiva, amb la qual cosa es pot aconseguir la reestructuració del passiu d'aquests deutors amb costos menors. Això, però, no ha de significar que aquest procediment simplificat esdevingui un procediment concursal «de segona». Si s'implanta, cal esperar que –pels subjectes que pot afectar– la seva aplicació práctica sigui notable. Consegüentment, el procediment simplificat no pot implicar, en absolut, que es redueixin les garanties per al deutor, de manera que el seu concurs es ventilés amb una solució expeditiva. Tenint això en compte en el procediment simplificat del concurs d'un empresari es mantindria el criteri general d'atribució de competència a jutjats especialitzats. Aquesta regla només deixaria d'aplicar-se en el cas de concurs de consumidors, als quals s'ha de procurar una justícia de proximitat.

(1) En la regulació específicament disposada per als processos concursals de consumidors i en altres de menor importància, els §§ 311 a 314 de la *Insolvenzordnung* alemanya contenen les regles del procés concursal simplificat.
(2) El procediment simplificat està previst en l'article 2 i es desenvolupa en els articles 137 a 147 de la Llei francesa 85-98, de 25-I-1985, modificada per la Llei 94-475, de 10-VI-1994.
(3) La Llei de Reestructuració Patrimonial peruana de 1996, aprovada per Decret Legislatiu núm. 845 (*El Peruano*, 21-IX-1996, núm. 5.925) regula el procediment simplificat en els articles 91 a 104. Aquest procediment es caracteritza perquè conté menors exigències documentals i de publicitat, i perquè pot ser presentat davant un notari públic. A més a més, el contingut mínim de l'anomenat «conveni de reprogramació de pagaments» es fixa taxativament per llei.

V. Pressupòsits del concurs

5.1. Pressupòsit subjectiu

Sembla aconsellable que la futura regulació concursal contingui en un sol text les normes per les quals s'ha de regir el tractament de la insolvència d'un deutor, tant si és comerciant com si no. Certament no hi ha raons tècniques poderoses per donar suport a la unitat o dualitat de sistemes, en funció de la condició que tingui el deutor. De fet, hi ha ordenaments recents (com el portuguès o el mexicà) que mantenen una normativa específica per al concurs mercantil.

Però en el cas espanyol, posats a reformar l'arcaic sistema concursal, és preferible unificar la disciplina en un sol cos normatiu.

La regulació de la insolvència en una mateixa llei i la previsió d'un mateix règim general no exclou la necessitat de fer previsions específiques per a la insolvència del comerciant, en atenció a les especialitats que conformen el seu estatus jurídic i que, com ja s'ha indicat (capítol 4.3), al costat d'un procediment general (bàsicament previst per a les empreses grans i mitjanes), es preveu un procediment simplificat per a petits empresaris i consumidors. Efectivament, una cosa és que no es distingeixi entre deutors privats pel que fa a la seva submissió al concurs, i l'altra és que la condició subjectiva del deutor (per ser consumidor, o per ser petit empresari, acudint per exemple al mateix criteri de dimensió utilitzat legalment per permetre la pos-

sibilitat de formular balanç abreujat) es tingui en compte perquè el seu concurs es pugui tramitar a través d'un procediment simplificat.

D'altra banda, s'ha de mantenir el criteri tradicional d'excloure del concurs l'Estat, els seus organismes autònoms i altres Administracions Públiques.[1]

5.2. Pressupòsit objectiu

S'entén per pressupòsit objectiu del concurs la situació econòmica del deutor que justifica l'obertura del procediment concursal sobre el seu patrimoni. És a dir, quan procedeix declarar un deutor en concurs de creditors i, per tant, quan el deutor ha de sol·licitar aquesta declaració o quan la poden demanar els seus creditors. Sembla clar que la solució concursal ha de quedar reservada per als deutors insolvents: és a dir, per a aquells que no paguen els seus deutes.

No obstant això, aquesta qüestió ha suscitat una viva controvèrsia en el nostre Dret. Aplicant la normativa actual, perquè un comerciant pugui ser declarat en fallida, entren en conflicte la cessació generalitzada en els pagaments amb la idea tan estesa que la fallida respon a una insuficiència patrimonial; i tots dos criteris (la cessació en els pagaments i la insuficiència patrimonial) els trobem barrejats en el cas del concurs del deutor civil.[2] El problema consisteix a decidir si és procedent la fallida d'un comerciant que ha deixat de pagar de manera generalitzada les seves obligacions però que compta amb béns suficients per cobrir els seus deutes. Aquesta qüestió estava en la base del famós cas plantejat amb la fallida de la *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.*, declarada l'any 1948.

En aquests casos, la futura Llei Concursal ha de definir amb termes clars la **situació d'insolvència** que justifica l'obertura del procediment concursal, i d'aquesta manera posar fi a la confusió que en aquest punt caracteritza el Dret espanyol vigent.

(1) D'acord amb la impossibilitat de despatxar manaments d'execució ni ordenar embargaments contra els béns de l'Estat i de les Administracions Públiques (art. 44 Llei General Pressupostària).
(2) Article 1913 del Codi Civil: «El deutor que el seu passiu fos major que l'actiu i hagués deixat de pagar les seves obligacions corrents, deurà presentar-se en concurs davant el tribunal competent tan bon punt aquella situació li fos coneguda».

En Dret Comparat no falten definicions d'insolvència. A Portugal es considera en situació d'insolvència «l'empresa que, per falta de mitjans propis o per falta de crèdit, es trobi impossibilitada per complir puntualment les seves obligacions».[3] I en Dret alemany, la incapacitat de pagament és el pressupòsit general d'obertura del procediment concursal: s'entén que el deutor és incapaç de pagar quan no es troba en condicions de complir les obligacions de pagament vençudes i, com a regla general, la incapacitat de pagament se suposa quan el deutor ha cessat els pagaments.[4] La norma alemanya no va més enllà, ja que per a la interpretació d'aquestes nocions la seva jurisprudència atresora criteris nodrits i consolidats. Al costat de la incapacitat de pagament com a pressupòsit objectiu general, se n'estableixen dos més d'específics: la incapacitat de pagament imminent o amenaçadora, que només és possible en el cas que sigui el mateix deutor el que sol·liciti l'obertura del procediment d'insolvència,[5] i el sobreendeutament, que es limita al cas de les persones jurídiques.[6]

En opinió nostra, la qüestió del pressupòsit objectiu del concurs s'ha de resoldre de manera clara i senzilla. Això requereix, en primer lloc, partir d'un concepte jurídic general de la insolvència, formulat en termes clars. Aquest concepte podria ser: es troba en situació d'insolvència el deutor que no paga les seves obligacions exigibles.

Efectivament, insolvent és qui no paga els seus deutes. Però, com que precisament es tracta de no pagar els deutes, no qualsevol impagat d'un deute justifica la declaració concursal. S'exigeix, doncs, que aquest incompliment sigui generalitzat i ostensible. Per a això, i per unificar la pràctica judicial, seria convenient determinar uns paràmetres materials i temporals en els quals es produeixi aquesta situació d'insolvència. La importància dels deutes i la quantitat han de ser ponderats en cada cas pel jutge, per arribar al con-

(3) Art. 3 del *Código dos Processos Especiais da Recuperação da Empresa i de Falência* (aprovat per *Decreto-Lei* nº 132/93, de 23-IV-1993).
(4) En aquests termes defineix la incapacitat de pagament (*Zahlungsunfähigkeit*) el § 17 de la *Insolvenzordnung* alemanya de 5-X-1994.
(5) El deutor corre el risc d'esdevenir insolvent quan pressumiblement no estarà en condicions de complir les obligacions de pagament contretes en el moment del seu venciment (§ 18 de la *Insolvenzordnung* alemanya, que defineix així la *drohende Zahlungsunfähigkeit*).
(6) La situació de sobreendeutament (*Überschuldung*) es dóna quan el patrimoni del deutor no cobreix les obligacions contretes, i per a la valoració del patrimoni del deutor ha de partir-se que l'empresa va a seguir en funcionament, quan –ateses les circumstàncies– aquesta continuació sigui altament probable (§ 19 de la *Insolvenzordnung* alemanya).

venciment que l'impagat és generalitzat sense necessitat que sigui total ni complet. No obstant això, el paràmetre temporal pot ser fixat legalment i de manera unitària per a tots els impagats: per exemple, un termini de sis mesos. D'aquesta manera, es considerarà insolvent aquell que deixi de pagar una pluralitat de deutes exigibles des de sis mesos enrere.

La insolvència ha de ser actual; sense perjudici d'això, si el deutor preveu que la seva situació d'insolvència serà imminent, es pot avançar al fet que es produeixi aquesta situació i acollir-se voluntàriament al concurs.

Així doncs, l'al·legació del deutor que té béns suficients per cobrir els seus deutes no ha d'impedir la declaració del concurs, si es constata la cessació generalitzada dels pagaments. Per tant, es desvincula la idea d'insolvència de la noció d'insuficiència patrimonial, de manera que al concurs hi ha d'anar el deutor que deixa de pagar (dins d'uns marges temporals i quantitatius) amb independència que l'actiu cobreixi el passiu. Un cop sol·licitada la declaració de concurs per part d'algun creditor, el deutor no podrà impedir aquesta declaració al·legant la seva suficiència patrimonial. Només es podrà oposar a la declaració, si justifica que està al corrent dels pagaments.

Ens sembla que l'Avantprojecte de Llei Concursal del 2001 arrossega la confusió de vincular la insolvència amb la impossibilitat de pagar les obligacions, i és excessivament prolixa en l'enumeració dels supòsits que constaten aquesta insolvència. En particular, i en relació amb l'incompliment generalitzat dels deutes, no es veu motiu per indicar determinats i diferents terminis per a l'impagat de certs deutes (un any per a deutes tributaris i de Seguretat Social; sis mesos per als deutes laborals i per a les rendes d'arrendaments, compravendes a terminis i préstecs hipotecaris relatius a locals de negocis), i deixar en la indefinició actual la cessació general en el pagament dels deutes restants.(7)

També mereixen un comentari la fugida del deutor o l'abandonament dels seus béns. Aquestes són situacions anacròniques que responien a una època històrica en què la fallida implicava sancions greus, fins i tot sobre la persona del deutor, de manera que, per eludir-les, la millor solució era fugir.

(7) Article 2 de l'Avantprojecte de Llei Concursal del 2001, que en bona part segueix en l'elenc dels fets reveladors de l'anomenada «situació de crisi econòmica» de l'art. 9 de l'Avantprojecte de 1983.

A mesura que ha disminuït la criminalització de les situacions d'insolvència, aquestes fugides han anat minvant. Avui dia és estrany que el deutor se'n vagi; més corrent és el cessament de l'activitat, la no-operativitat empresarial, amb el consegüent tancament de l'establiment. Això té rellevància si queden deutes pendents de pagament que, naturalment, deixen de complir-se. I per aquest impagat generalitzat procedeix la declaració concursal. És per això que és no cal mencionar la fugida del deutor o el tancament de l'establiment com a pressupòsits de la insolvència.[8]

5.3. Pressupòsit formal: concurs voluntari i concurs necessari

El concurs és un estat legal que requereix que el declari el jutge. Sense prejudici que en algun cas el jutge pugui declarar d'ofici el concurs (*infra*), la declaració judicial ha de ser sol·licitada pel mateix deutor (en compliment del deure legal de presentar-se a concurs) o per qualsevol creditor legítim. Si la sol·licitud prové del deutor, es parla de concurs voluntari; si la formula algun creditor, es parla de concurs necessari.

Quan algun creditor sol·licita el concurs, el jutge, abans de declarar-lo, hauria de donar audiència prèvia al deutor, amb assistència del creditor instant. No obstant això, per la mateixa naturalesa de les coses, aquesta audiència prèvia és innecessària si la sol·licitud prové del mateix deutor, sense que en aquest cas es pugui pretendre l'audiència de tots els seus creditors abans de declarar el concurs.

Tant si el concurs es declara a sol·licitud d'algun creditor com del mateix deutor, aquesta sol·licitud ha d'anar acompanyada de l'acreditació dels pressupòsits subjectiu i objectiu del concurs.

En relació amb l'acreditació del pressupòsit subjectiu, i tenint en compte la unificació de disciplina proposada, només es tracta d'acreditar que el deutor reuneix la condició de consumidor o de petit empresari per poder-se acollir al procediment simplificat.

(8) Amb tot, la desaparició injustificada del deutor i l'abandó dels seus béns es mantenen com fets reveladors de la insolvència en el art. 2.4.3º.4º de l'Avantprojecte del 2001. També manté aquest criteri el Dret português [art. 8.1.b).c) del *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência*.]

Pel que fa al pressupòsit objectiu, s'ha d'acreditar documentalment (i sense prejudici de la posterior prova testifical en la vista prèvia a la declaració concursal) la insolvència del deutor. En el cas que la sol·licitud provingui d'algun creditor, aquest últim també ha de justificar el seu crèdit.

Si el concurs és voluntari, tradicionalment s'ha eximit el deutor d'haver de demostrar la seva insolvència (i s'ha considerat que la sol·licitud és una confessió de la insolvència), perquè es tractaria d'acreditar un fet negatiu. Per això, n'hi ha prou que declari la seva insolvència i que –juntament amb altres documents– acompanyi la sol·licitud amb una relació de creditors i dels crèdits respectius. Els documents que han d'acompanyar la sol·licitud de concurs voluntari han de fer referència a la situació patrimonial del deutor (quines són les composicions de l'actiu i del passiu) i a les causes que han motivat la situació d'insolvència. Amb la sol·licitud, el deutor ja pot proposar un conveni.

A l'efecte del concurs voluntari, seria possible admetre també la sol·licitud quan es prevegi una situació d'***insolvència pròxima o imminent***. En aquest cas, el deutor hauria de justificar les causes d'aquesta insolvència imminent que, en general, consistirà en la impossibilitat de complir obligacions que estan pròximes a vèncer. Naturalment, amb la sol·licitud s'haurà de presentar la relació d'aquestes obligacions. Tradicionalment s'ha equiparat el deutor que està pròxim a fer fallida (*proximus decoctioni*) amb el que ja l'ha feta; en el nostre Dret va tenir la plasmació normativa amb la seva consideració de la suspensió de pagaments com a pressupòsit objectiu. Des de 1885, la previsió de la impossibilitat de complir les obligacions als seus venciments constituïa una de les situacions que permetia acollir-se al benefici de la suspensió de pagaments. Amb vista a la reforma concursal, en la qual es postula la unitat de procediments (fallida i suspensió de pagaments), té sentit que el deutor es pugui acollir voluntàriament al concurs si es troba en una situació d'insolvència imminent. Però la solució concursal no pot anar molt més enllà; és a dir, no pot ser la via per a la prevenció de la crisi econòmica del deutor que es troba en dificultats financeres.

5.4. Competència judicial

L'experiència ha demostrat que la complexitat de qüestions jurídiques que es ventilen en un procediment concursal en dificulta la tramitació en jutjats de primera instància, que en molts casos ho són també d'instrucció. S'adverteix, per tant, la necessitat d'una especialització judicial, de manera que el coneixement dels procediments concursals s'atribueixi a jutjats especialitzats. Aquesta especialització permetria donar un tractament més adequat i prestar l'atenció necessària a cada procediment per tal d'impedir les excessives dilacions que en l'actualitat acompanyen les fallides i les suspensions de pagaments. Sembla, doncs, adequada la proposta del Ministeri de Justícia, al fil de la reforma concursal, de crear uns jutjats mercantils, ubicats en cada capital de província i amb jurisdicció a tota la província, que coneixerien no solament dels concursos, sinó també d'altres qüestions mercantils, la complexitat tècnica de les quals justifica també l'especialització judicial. Aquesta concentració d'expedients concursals en jutjats especialitzats és una mesura d'ordre pràctic que facilitaria l'èxit de la reforma concursal.

L'existència d'uns tribunals especials en matèria mercantil no és nova al nostre ordenament jurídic. El seu origen es remunta als consulats de comerç i, després de la codificació, als tribunals de comerç.[9] La novetat rau en el fet que, si bé antany l'especialització es justificava pel fet que les causes de comerç fossin jutjades d'acord amb l'*equitas* mercantil («la veritat sabuda i la bona fe guardada a ús del consulat») aliena a disquisicions jurídiques, ara, en canvi, s'intenta assegurar un coneixement tecnicojurídic especialitzat, tant en els jutges que han de resoldre com en els lletrats que actuen en aquest fòrum.

Aquesta mesura d'atribuir la competència per conèixer dels concursos als jutjats especialitzats situats a les capitals de província sembla adequada quan el deutor és un comerciant, tant individual com social; no ho sembla tant, però, quan sigui un consumidor, per a qui –per regla general– s'ha d'assegurar una justícia de proximitat. La consideració pràctica dels escassos procediments concursals interposats contra deutors no comerciants ens fa obviar aquest petit inconvenient.

(9) Fins que van ser abolits pel Decret d'Unificació de Furs de 6-XII-1868.

Quant a la competència judicial, i pel que fa a la dels jutjats espanyols, estem vinculats per les normes de Dret Internacional Privat i, en concret, en l'àmbit de la Unió Europea pel Reglament 1346/2000, que entrarà en vigor el 31-V-2002. La declaració de concurs d'un deutor es pot instar a Espanya sempre que el seu domicili o centre d'operacions o interessos principals es trobin en territori nacional. Si es tractés d'una empresa multinacional, es podria demanar el concurs del deutor respecte dels béns patrimonials o empreses que tingui a Espanya, encara que el centre d'operacions sigui en un alte país. Això és el que en terminologia del Reglament s'anomena procediment o concurs secundari.

Aquest mateix criteri, que justifica la jurisdicció dels jutjats espanyols per conèixer d'un concurs, és el que ha de servir per determinar la competència territorial: el lloc on el deutor tingui el domicili o el centre d'operacions. La revisió d'aquest criteri ha de poder fer-la el jutge d'ofici, tal com passa actualment amb l'execució. L'examen de la competència ha de permetre advertir possibles fraus derivats del canvi de domicili social amb vista a presentar el concurs.

VI. La declaració de concurs i els seus efectes

6.1. Declaració de concurs: legitimació per sol·licitar-la

6.1.1. La influència dels interessos protegits en la legitimació per sol·licitar el concurs

Sovint s'afirma que les institucions concursals tutelen no tan sols interessos privats (dels creditors i del deutor), sinó també interessos públics o generals. Està molt clar quins són aquests interessos privats: satisfer els crèdits dels creditors i solucionar la situació d'insolvència del deutor. No obstant això, és una mica difícil determinar quins són els interessos públics que es pretenen protegir amb el concurs. En termes generals, és la seguretat del tràfic econòmic: evitar que operin en el mercat individus que no poden pagar els seus deutes. Això es concreta en què les situacions d'insolvència es canalitzin a través del procediment concursal disposat normativament.

La confluència d'aquests interessos es plasma en la determinació legal de les circumstàncies que permeten l'obertura del concurs, de com s'ha de desenvolupar i de quina és la solució (amb els seus límits) que s'adopta per resoldre la situació d'insolvència. Això es concreta també en la major o menor intervenció judicial en el procés i en la possible participació del ministeri fiscal.

Pel que fa a la declaració concursal ens haurem de qüestionar si aquesta procedeix només a instància dels creditors o del deutor, o si, a més i en determinades circumstàncies, seria possible la declaració concursal d'ofici i/o a instància del ministeri fiscal.

6.1.2. Declaració de concurs a instància del deutor

En el cas del deutor insolvent, no hi ha dubte de la **facultat** que té d'acollir-se al concurs si es compleixen els pressupòsits legals indicats anteriorment. A Espanya el dubte es planteja en relació amb el possible **deure** del deutor de presentar-se a concurs, i procedeix de la modificació del règim de la fallida del 1897, que va deixar pendent la reubicació d'aquest deure. El deure de sol·licitar el mateix concurs respon, doncs, a la nostra tradició històrica, i és coherent amb altres exigències imposades pel nostre ordenament jurídic. Especialment les normes societàries imposen als administradors el deure de promoure la dissolució social en el termini de dos mesos a partir que es constati la situació de pèrdua patrimonial greu (sota l'amenaça de respondre solidàriament pels deutes socials)[1] i, una vegada la societat es troba en liquidació, els liquidadors han de sol·licitar la fallida de la societat quan adverteixin la situació d'insolvència.[2] D'altra banda, per al deutor civil, el Codi Civil manté el deure de sol·licitar el concurs.[3]

Aquest deure està unit al citat interès públic de mantenir la seguretat en el tràfic econòmic, de manera que s'excloguin del mercat aquells agents que incompleixen els deutes o es posi remei a la seva situació d'insolvència. Perquè aquesta finalitat es compleixi de manera efectiva s'ha d'actuar oportunament. Així doncs, la Llei Concursal ha d'imposar al deutor el deure de sol·licitar el concurs en un termini determinat a partir del moment en què es produeixi la cessació generalitzada dels pagaments. Es podria suggerir el termini de dos mesos (el mateix que la legislació societària estableix per al deure de promoure la dissolució).[4]

(1) Article 262 de la Llei de Societats Anònimes i article 105 de la Llei de Societats de Responsabilitat Limitada.
(2) Article 281 de la Llei de Societats Anònimes i article 124 de la Llei de Societats de Responsabilitat Limitada.
(3) Article 1913 del Codi Civil.
(4) En Dret português, el termini és de seixanta dies (art. 6 CPEREF). L'Avantprojecte de Llei Concursal del 2001 el fixa, amb caràcter general, en un mes (article 4.1).

És clar que la imposició d'aquest deure sense més no és suficient, sinó que, per garantir-ne el compliment és necessari establir els estímuls corresponents i les sancions a la inobservança. Els incentius poden ser que amb la sol·licitud oportuna del conveni voluntari el deutor pugui presentar la proposta de conveni, i que el concurs pugui ser qualificat de fortuït. Paral·lelament, les sancions per l'incompliment d'aquest deure serien la qualificació del concurs com a culpable, amb la qual cosa, si s'opta per la solució liquidadora, el deutor no es podria acollir al benefici de l'alliberament dels deutes pendents.

El punt anterior no exclou que la mateixa omissió d'aquest deure pugui correspondre al tipus delictiu previst en l'article 260 del Codi Penal, ja que considera que amb això s'ha agreujat la situació d'insolvència, amb el consegüent risc que comporta per a la interpretació judicial la vaguetat d'aquesta noció.

6.1.3. Declaració de concurs a instància de creditors

Qualsevol que acrediti la seva condició de creditor està legitimat per sol·licitar el concurs del seu deutor, sempre que es justifiqui la situació d'insolvència del deutor, amb la pluralitat de creditors que aquesta comporta. El concurs es basa en l'existència d'una pluralitat de creditors als quals el deutor no paga. Naturalment no s'exigeix que tots els creditors sol·licitin el concurs del deutor; ni tan sols que siguin uns quants els sol·licitants. N'hi ha prou que un sol creditor demani la declaració de concurs.

En el concurs necessari, i sense perjudici de les mesures cautelars que pot adoptar el jutge així que hagi admès a tràmit la sol·licitud, caldria donar audiència prèvia al deutor abans de declarar el concurs.

6.1.4. Declaració d'ofici o a instància del ministeri fiscal

La intervenció pública en la promoció del concurs s'ha de limitar a aquells casos en els quals, havent-hi en curs una causa judicial contra el deu-

tor, es constati clarament la seva situació d'insolvència. Això pot passar quan el jutge coneix una acumulació d'execucions contra el mateix deutor en la qual queda patent la impossibilitat de pagament dels deutes. També el ministeri fiscal podria instar el concurs d'un deutor quan en una causa criminal en la qual es veu afectat aquest deutor, es reveli la seva situació d'insolvència. En altres ordenaments es contempla expressament la declaració concursal d'ofici: a Portugal,[5] a Itàlia, a Andorra i a Mèxic. De vegades també es preveu la sol·licitud de concurs a instància del ministeri fiscal, com per exemple en Dret português.[6]

Amb la nova Llei d'Enjudiciament Civil hi ha la possibilitat d'acumular execucions contra un mateix deutor.[7] L'execució en el procediment civil sempre és a instància del creditor legitimat, encara que una vegada sol·licitada l'execució, el procediment continua a impuls del jutge, de manera que no s'admet la caducitat en la instància, i només es preveu la terminació de l'execució quan se satisfà el deute del creditor executant.[8] Quan hi hagi diversos processos d'execució ordinària contra el mateix executat, la Llei d'Enjudiciament Civil introdueix la possibilitat que, a instància de qualsevol dels executants, el jutge ordeni l'acumulació, si ho considera més convenient per satisfer tots els creditors executants. Una vegada ordenada l'acumulació d'execucions, si concorren diversos creditors, i, si després de les mesures d'indagació de béns del deutor, se'n constata la insuficiència per cobrir els deutes, seria lògic que el jutge –d'ofici– acordés el concurs del deutor. En aquests casos en els quals la *par condicio creditorum* (típicament concursal) substitueix la preferència temporal dels embargaments, es podria compensar els creditors instants amb embargaments preferents de la mateixa manera que en la Llei d'Enjudiciament Civil es preveu per a la terceria de millor dret.[9] En el nostre cas, una vegada practicada la liquidació –i com si es tractés de deutes de la massa–, els creditors que es vegin afectats per la declaració de concurs mentre estiguin executant els béns del deutor embargats per

(5) Article 8.4 del Codi português, en els casos especialment previstos en la llei.
(6) Article 8.2.3 Codi português.
(7) Així ho preveu l'article 555 de la Llei d'Enjudiciament Civil.
(8) Article 570 de la Llei d'Enjudiciament Civil.
(9) L'article 620.2 de la Llei d'Enjudiciament Civil disposa que no es lliurarà al tercerista cap quantitat alguna procedent de l'execució, mentre no s'hagi satisfet a l'executant les 3/5 parts de les costes causades fins al moment en què recaigui la sentència de terceria.

ells, hauran de ser compensats prèviament al pagament de la resta dels creditors, si més no en les 3/5 parts de l'import dels costos causats per aquestes execucions, fins al moment en què es declari el concurs. D'aquesta manera es dóna un tracte equivalent a la terceria de millor dret i al concurs quan aquest irromp en ocasió d'una acumulació d'execucions singulars.

Si amb ocasió de la instrucció o de l'enjudiciament d'una causa criminal aflora una situació d'insolvència d'un deutor comú afectat per aquell procés, ja que el ministeri fiscal té coneixement directe d'aquesta situació d'insolvència i de l'existència d'una pluralitat de creditors, pot ser convenient la incoació del concurs com a garantia dels crèdits dels creditors. No és obstacle per a aquesta declaració concursal l'existència del procediment penal. La intervenció del ministeri fiscal també estaria motivada per la inactivitat dels creditors. Sovint, les causes criminals per delictes econòmics (ordinàriament, estafes) centren l'atenció de tots en la mateixa instrucció penal i limiten les mesures de garantia en relació amb el patrimoni del deutor que el jutge pugui haver adoptat (embargaments, intervenció o administració judicial, etc.). Lògicament, aquestes mesures haurien de donar pas al fet que, prèvia sol·licitud del ministeri fiscal davant el tribunal civil competent, es pogués acordar el concurs i donar una solució més adequada a la situació d'insolvència que la que se segueix per via de mesures cautelars en les causes criminals.

6.2. Audiència prèvia del deutor

En el Dret de Fallides vigent, la declaració es fa sense audiència prèvia del deutor. Això ha estat objecte de dures crítiques, per més que el Tribunal Constitucional hagi salvat la constitucionalitat d'aquesta regla.[10] Certament aquí conflueixen dos interessos contraposats: el dels creditors que volen evitar que, davant l'amenaça de la fallida i abans de la seva declaració, el deutor tingui temps per fer operacions en perjudici dels creditors, i el del mateix deutor que, sense haver pogut contradir el fonament d'aquella sol·licitud de fallida necessària, es veu declarat en aquest estat. La solució a aquesta contraposició d'interessos és concedir audiència al deutor, i mentrestant adoptar mesures cautelars sobre el seu patrimoni.

(10) Acte del Tribunal Constitucional de 18-XII-1985. També en la sentència del Tribunal Suprem de 12-II-1982.

D'aquesta manera, els efectes que la declaració de concurs comporta per al deutor aconsellen que, si la sol·licitud de concurs prové d'algun creditor, aquesta declaració no s'acordi sense haver escoltat prèviament el deutor. Mentre que en el cas del concurs voluntari (o en les restringides hipòtesis en què seria possible la declaració d'ofici o a instància del ministeri fiscal), l'admissió de la sol·licitud va unida a la declaració del concurs i, per tant, aquesta desplega els seus efectes des d'aleshores. En canvi, en el supòsit de concurs necessari, caldrà distingir dos moments: l'admissió a tràmit de la sol·licitud i la posterior declaració de concurs.

Davant la sol·licitud del creditor, el jutge haurà d'examinar la seva pròpia competència, la seva legitimació i l'acreditació dels pressupòsits del concurs. Si el jutge admet la sol·licitud a tràmit, haurà de convocar immediatament a una vista el deutor i el creditor instant, i donarà d'aquesta manera l'oportunitat al deutor perquè pugui contradir la pretesa situació d'insolvència (presentant prova que està al corrent dels pagaments) o acreditar la falta de legitimació del creditor instant. L'activitat provatòria d'aquests punts s'hauria de practicar en la mateixa vista per evitar dilacions. En els dies posteriors a la vista, el jutge haurà de dictar acte declarant el concurs o desestimant la sol·licitud.

6.3. Efectes cautelars de l'admissió a tràmit de la sol·licitud de concurs necessari

En el cas de concurs necessari, l'admissió a tràmit de la sol·licitud comportarà la convocatòria del deutor i del creditor instant a la vista, així com l'adopció de les mesures cautelars imprescindibles per garantir l'eficàcia d'una posterior declaració concursal. Aquestes mesures, tipificades legalment, s'adoptaran en la providència d'admissió.

Aquestes mesures haurien de consistir, d'una banda, en la intervenció judicial de l'activitat econòmica del deutor, de manera que a partir d'aleshores aquest, sense el concurs de l'interventor (nomenat en la mateixa providència d'admissió a tràmit), no pugui fer actes de disposició o operacions pròpies del tràfic empresarial. D'altra banda, s'hauria de donar publicitat registral de l'admissió a tràmit de la sol·licitud i del nomenament de l'inter-

ventor mitjançant l'anotació preventiva de la providència d'admissió en els registres públics on el deutor tingui inscrits béns o drets, i en el registre mercantil si es tracta d'un empresari inscrit.

Una vegada celebrada la vista, i si es declara el concurs, aquestes mesures quedaran subsumides en les pròpies de la declaració concursal. Si, al contrari, la sol·licitud de concurs és rebutjada, s'aixecaran aquestes mesures cautelars, encara que s'hagués recorregut la resolució desestimatòria del concurs.

6.4. Publicitat de la declaració de concurs

A la declaració de concurs, pels seus efectes processals i materials, s'ha de donar la publicitat suficient perquè el puguin conèixer els que en siguin creditors, per facilitar l'acumulació de reclamacions o d'execucions i, en general, per donar a conèixer aquesta situació en el tràfic econòmic i que sàpiguen a què atenir-se els que pensessin contractar amb el deutor.

Aquesta publicitat ha de ser efectiva i el seu cost ha de ser econòmicament proporcionat. D'una banda, s'ha de donar la corresponent publicitat registral: en aquells registres de persones en què estigui inscrit el deutor (Registre Civil, Registre Mercantil, altres registres de persones jurídiques), i en els registres públics en què el deutor tingui inscrits béns o drets al seu nom (Registre de la Propietat, Registre de Béns Mobles, els diversos registres de l'Oficina Espanyola de Patents i Marques, etc.).

Per facilitar l'acumulació d'execucions i de reclamacions al concurs, s'haurà de fer publicitat de la declaració de concurs a tots els jutjats o tribunals dels ordres civil, laboral i penal del domicili del deutor o d'on tingui establiments. Aquesta publicitat s'ha d'ampliar als corresponents òrgans de recaptació de la Hisenda Pública i de la Seguretat Social que tracten aquestes execucions administratives.

I amb caràcter general, la declaració de concurs s'haurà de publicar al Butlletí Oficial de l'Estat (en una secció especial per als concursos) i en un diari d'àmplia difusió. La publicitat en el mitjà oficial (el Butlletí Oficial de l'Estat) serà la determinant per donar per comunicada la declaració del con-

curs, a l'efecte del còmput dels terminis per a la seva impugnació. L'anunci de la declaració concursal en un mitjà no oficial pretén contribuir a la publicitat efectiva. En atenció a les circumstàncies del cas, el jutge decidirà quin àmbit de difusió (provincial, nacional) és el més adequat. A més, el jutge podrà ordenar la publicitat de la declaració a través d'altres mitjans, no necessàriament escrits (per exemple, en pàgines web d'agències d'informació a Internet).

6.5. Revisió de la declaració

Quan el concurs es declara a instància de creditors, i ja que s'ha concedit audiència prèvia al deutor i amb ella la possibilitat de contradicció, la revisió d'aquesta declaració ha de seguir el sistema dels recursos ordinaris: recurs d'apel·lació, que no suspendrà els efectes de la declaració.

En canvi, aquesta possibilitat de contradicció prèvia a la declaració concursal no té lloc quan la sol·licitud prové del mateix deutor o quan, excepcionalment, la declaració s'acorda d'ofici per part del jutge o de la instància del ministeri fiscal. En aquests casos, s'hauria de permetre que els afectats per la declaració s'hi oposessin a través d'un incident que no suspengui ni els efectes ni la tramitació del concurs i en el qual el jutge, després d'escoltar les parts interessades i practicada la prova necessària (que s'hauria de concentrar en la vista), estimi o rebutgi la impugnació. L'objecte d'aquest incident d'oposició serà analitzar si concorren o no els pressupòsits del concurs. La desestimació de la impugnació comporta la ratificació de la declaració concursal; davant d'ella només serà possible el recurs d'apel·lació, sense efecte suspensiu. Si la impugnació s'estima, es deixarà sense efecte la declaració de concurs i amb això les conseqüències que hagués desplegat; contra aquesta resolució també seria possible recurs d'apel·lació, sense efecte suspensiu.

6.6. La 'vis attractiva' del concurs

6.6.1. Acumulació d'execucions

Perquè el procediment concursal pugui realment complir la seva finalitat –servir la satisfacció *col·lectiva* de tots els creditors del deutor comú– és necessari que afecti tots els crèdits i reclamacions patrimonials que pesen so-

bre el deutor. Altrament seria inútil, ja que les execucions individuals al marge del concurs consumirien l'actiu patrimonial del deutor i donarien prioritat en el cobrament a aquests creditors privilegiats per l'execució separada, i això en perjudici de la resta de creditors.

L'única excepció a aquesta acumulació o atracció de reclamacions i d'execucions cap al concurs només és possible trobar-la en l'execució de garanties reals, per la seva mateixa naturalesa, ja que el bé està especialment afecte a la satisfacció del crèdit garantit, amb independència de qui sigui el seu titular (la reipersecutorietat inherent a qualsevol dret real de garantia). No obstant això, el manteniment del privilegi d'execució separada s'ha de temperar amb la necessitat d'evitar que la proximitat del concurs o la seva declaració acceleri l'execució de les garanties reals, i que amb això es pogués avortar la possibilitat de continuar l'empresa a través d'un conveni concursal. Per aquest motiu, sembla encertat el criteri seguit en l'Avantprojecte de Llei Concursal (article 55), que ordena que se suspengui o s'impedeixi l'execució una vegada declarat el concurs fins que s'aprovi el conveni o es declari la liquidació i, en tot cas, després d'un any a partir de la declaració de concurs.

Per altra banda, no haurien d'estar afectades pel concurs les accions de recuperació de béns mobles venuts a terminis amb reserva de domini (degudament inscrita en el Registre de Béns Mobles) i d'aquells cedits en arrendament financer. En aquests casos no s'està executant cap garantia real, sinó una acció reivindicatòria que té la seva seu en la *separatio ex iure dominii*.

Fora del supòsit de les garanties reals, no hi ha cap raó que justifiqui l'execució al marge del concurs. Per això s'haurien de retallar els actuals privilegis d'execució separada reconeguts als titulars de crèdits laborals,[11] tributaris[12] i de la Seguretat Social.[13]

En relació amb la manera d'articular l'execució, i a efectes pràctics, és més operatiu centrar l'acumulació pròpiament dita en les execucions. Aquesta acumulació d'execucions afectaria no tan sols les judicials (i amb

(11) Article 32.5 de l'Estatut dels Treballadors.
(12) Article 129.2.3 de la Llei General Tributària.
(13) Article 121.2 de la Llei General de la Seguretat Social.

independència de la jurisdicció: incloent les civils, laborals i penals), sinó també les administratives (en concret, les derivades de crèdits tributaris o de Seguretat Social). S'han de paralitzar i acumular al concurs aquestes execucions, ja que són a més les que efectivament poden afectar la integritat del patrimoni del deutor que ha de servir per a la satisfacció concursal.

Aquesta acumulació d'execucions ha d'operar per ministeri de la llei, una vegada declarat el concurs. Des d'aleshores s'han de suspendre tots els actes d'execució i substituir tots els embargaments per la intervenció i/o administració judicial. I això sense perjudici que es mantinguin les anotacions registrals d'aquests embargaments. En lloc de practicar-se una acumulació material d'actes al concurs, s'hauria de produir una paralització dels procediments d'execució i remetre aquestes reclamacions al concurs, de manera que aquests creditors hauran d'insinuar el seu crèdit a fi que els sigui reconegut en el concurs, tret que el crèdit hagi estat declarat o reconegut per sentència judicial ferma.

6.6.2. Efectes del concurs sobre els judicis declaratius

En relació amb els judicis declaratius (sigui quin sigui l'ordre jurisdiccional que els conegui) que s'estiguin tramitant quan es declara el concurs, no és necessari suspendre'ls. La resolució judicial declarativa, encara que sigui de condemna, per si sola i mentre no s'insti l'execució, no pertorba la integritat del patrimoni del deutor. Seria inviable acumular el mateix judici declaratiu al judici concursal. És més pràctic deixar que el judici declaratiu continuï fins que es dicti sentència i, una vegada la sentència sigui ferma, que el creditor pugui fer valer aquest títol en el concurs. Aquesta tramitació paral·lela no exclou que, ínterim, el creditor pugui insinuar el seu crèdit en el concurs i obtenir-ne el reconeixement.

Per la mateixa raó assenyalada anteriorment, i seguint la jurisprudència dictada en relació amb l'actual suspensió de pagaments,[14] no hi hauria cap inconvenient perquè, una vegada declarat el concurs, es poguessin adme-

(14) Article 9.III de la Llei de Suspensió de Pagaments.

tre noves demandes declaratives contra el concursat. I en aquest cas no s'alteraria en absolut la competència judicial per conèixer l'assumpte i, per descomptat, no operaria l'acumulació al concurs. En aquest sentit diferim del criteri adoptat per l'Avantprojecte de Llei Concursal (article 49.1), que expressament impedeix que es puguin plantejar noves demandes declaratives amb transcendència patrimonial en l'ordre civil i en el social si no és davant el jutge del concurs.

El que hem indicat anteriorment per als judicis declaratius també és extensible als procediments arbitrals, de manera que aquests no queden impedits ni suspesos per la declaració de concurs i es manté en vigència el conveni arbitral. Això sí, l'execució del laude arbitral quedarà paralitzada per la declaració de concurs.

6.7. Efectes de la declaració de concurs sobre el patrimoni del deutor

La garantia dels creditors per al cobrament dels seus crèdits radica en el patrimoni del deutor.[15] La declaració de concurs ha de preservar la integritat d'aquest patrimoni. Per a això es pot optar, segons les circumstàncies, entre una simple *intervenció judicial* (en la qual el deutor conserva la disposició i administració dels seus béns) i una *administració judicial* (en la qual el deutor es veu desposseït d'aquestes facultats).

En els casos de concurs voluntari procedeix, en principi, acordar la intervenció judicial, sense perjudici que concorrin circumstàncies que justifiquin que aquesta mesura s'ampliï a l'administració judicial.

Quan el concurs és necessari, ja hem apuntat que la simple admissió a tràmit hauria d'implicar com a mesura cautelar la intervenció judicial. Una vegada fet el tràmit d'audiència del deutor i declarat el concurs, la intervenció s'hauria de convertir en administració judicial, tret que el jutge adverteixi que concorren motius que aconsellen mantenir el deutor en la gestió dels seus béns, subjecte a la intervenció judicial.

(15) En virtut del principi de responsabilitat patrimonial universal recollit en l'article 1911 del Codi Civil: «Del compliment de les seves obligacions respon el deutor amb tots els seus béns presents i futurs».

Les circumstàncies que, en un cas o en l'altre, poden donar lloc al trànsit des de la simple intervenció judicial fins a l'administració judicial, i viceversa, responen bàsicament a tres factors: la situació patrimonial del deutor, la continuació de l'activitat empresarial i la conveniència per a la massa de creditors que el deutor continuï al capdavant dels seus negocis.

Aquest òrgan d'intervenció o d'administració estarà compost per tres persones (en el cas del procediment ordinari) o per una (si el procediment és abreujat).

Quan es tracta d'un procediment ordinari (el previst per a mitjanes i grans empreses), aquest òrgan ha d'estar integrat per tres persones. La concreció numèrica d'aquesta pluralitat de membres en tres (i no dos) és simplement per facilitar l'adopció d'acords per majoria. D'aquests tres membres, un d'ells ha de ser tècnic (per exemple, un auditor de comptes) i serà designat pel jutge, al seu prudent criteri, ja que es tracta d'un càrrec de confiança. Els altres dos membres seran nomenats entre els creditors, i també pel jutge, d'acord amb les regles següents: si concorren creditors, «civils» amb creditors laborals, Hisenda Pública o Seguretat Social, un d'aquests membres haurà de provenir necessàriament dels creditors «civils» (ordinàriament el creditor que tingui el crèdit de més import); el jutge designarà el tercer membre d'acord amb la major importància dels crèdits de l'Administració o dels treballadors. Com es veu, en el nomenament d'aquests càrrecs s'han d'evitar tràmits excessivament dilatoris, com seria la convocatòria d'una junta per a la designació de representants dels creditors; fet i fet, és més operativa la designació i el control judicials (posats a demanar responsabilitats, és preferible la judicial); això també és vàlid en els casos d'ampliació de funcions des de la intervenció fins a l'administració judicial.

En el procediment simplificat (destinat a consumidors i a petites empreses) serà suficient amb la designació judicial d'un sol auditor com a interventor o administrador judicial per reduir els costos del procediment.

La retribució de l'interventor/administrador haurà de ser aprovada pel jutge, a proposta de l'interessat i amb audiència del deutor i dels creditors compareguts. La retribució ha de ser determinada en funció de la com-

plexitat del concurs, la dedicació que exigeixi la intervenció/administració i el patrimoni del concursat.

Per facilitar el control de la intervenció o l'administració, aquesta última haurà de presentar informes mensuals al jutge sobre el curs de les operacions i un informe anual (adjuntant els comptes anuals, si el concursat és empresari mercantil), amb la conseqüent responsabilitat per falsedat quan els informes no responguin a la realitat. Aquests informes estaran a disposició de qualsevol creditor (i del deutor, si està subjecte a administració) a la secretaria del jutjat.

Totes aquestes mesures haurien de contribuir a la transparència en la gestió del patrimoni del concursat.

6.8. Efectes de la declaració de concurs sobre el deutor

No té sentit mantenir l'arrest del deutor (que en el Dret vigent s'aplica, encara que limitadament, al fallit). Es tracta d'una figura que limita inútilment els drets del deutor. La declaració (civil) de concurs no justifica la privació de llibertat del deutor. Ni tan sols en els casos en què el deutor és separat de l'administració dels seus béns.

Com que es refereix a les facultats de disposició i d'administració sobre el patrimoni afecte al concurs, si es limiten a una simple intervenció judicial, el deutor conservarà aquestes facultats, si bé quedarà subjecte a la necessària supervisió de l'interventor. En canvi, si s'opta per l'administració judicial, el concursat queda privat de les facultats de disposició i d'administració. A efectes pràctics, i tractant-se d'un empresari, el deutor (o els administradors socials) quedaria separat de la gestió.

La simple declaració de concurs no ha de produir la inhabilitació per al comerç del deutor o dels administradors socials. Aquest efecte ha de quedar a compte del que resulti en la peça de qualificació, i es reservarà per als casos en què el concurs sigui fraudulent. Passa el mateix amb la inhabilitació per exercir un càrrec tutelar, encara que en aquest cas serà suficient que el concurs sigui qualificat de culpable.

6.9. Efectes de la declaració sobre els crèdits i sobre les relacions bilaterals pendents de compliment

6.9.1. Efectes sobre els crèdits: el problema de la compensació

En relació amb els efectes de la declaració de concurs sobre els crèdits, lògicament les operacions concursals han de partir d'una clara determinació del passiu del deutor. A aquesta finalitat responen les previsions tradicionals del venciment de les obligacions a termini, el cessament del meritament d'interessos (excepte els crèdits hipotecaris i pignoratius) o la conversió en diners (expressats en moneda de curs legal) de les obligacions que tinguin una naturalesa diferent.

Més problemàtica és la qüestió de l'admissibilitat de la compensació en el concurs. Guiats pel principi d'assegurar un tracte igual a tots els creditors afectats pel concurs, hem de partir del principi general que els creditors no poden compensar els crèdits i deutes que tinguin amb el concursat. En el nostre Dret, la compensació és una forma d'extinció de les obligacions, motiu pel qual, tret que s'hagués fet amb anterioritat a la declaració de concurs (o a l'admissió a tràmit del concurs voluntari), si s'admetés la compensació, aquests creditors es farien pagament (per l'import compensat) en perjudici de la resta de creditors. No passa el mateix quan, per la naturalesa del contracte, el saldo es fixa automàticament i periòdicament per compensació (així passa en el contracte de compte corrent), i s'haurà de partir del saldo existent en el moment de la declaració del concurs (o admissió a tràmit, si és voluntari).

Excepcionalment, i per les mateixes exigències i característiques de certs mercats (com passa en els mercats secundaris oficials de valors), s'ha d'admetre la compensació.

6.9.2. Efectes sobre les relacions jurídiques bilaterals pendents d'execució

Actualment al nostre Dret Concursal li falta una norma general que resolgui la sort que han de córrer les relacions jurídiques de què forma part

el deutor insolvent i que encara no s'han complert totalment per les dues parts. Poden sorgir diverses situacions:

• Si el contracte està pendent de compliment per part del deutor, l'altra part s'haurà de sotmetre a les regles del concurs per reclamar-ne el crèdit.

• Si el deutor ha complert la seva prestació i és l'altra part la que encara no ha complert, l'administració judicial o el concursat subjecte a intervenció estaran legitimats per exigir-ne el compliment.

• Si el contracte està pendent de compliment per totes dues parts, el concursat o l'administració judicial només podran exigir el compliment a l'altra part si acrediten haver complert la prestació que pesa sobre el concursat. Això és així perquè en els contractes sinal·lagmàtics la prestació per una part porta causa de la contraprestació de l'altra, de manera que només qui compleix pot exigir el compliment a la contrapart. El problema és decidir si la part no concursada (l'anomenat contractant *in bonis*) pot resoldre el contracte amb motiu de la declaració de concurs.

Per solucionar aquesta qüestió convé distingir entre els contractes de tracte únic i els de tracte successiu. Per als contractes de tracte únic (com poden ser la compravenda, el dipòsit, etc.) normalment s'accepta que –en interès de tots els creditors concursals– sigui l'òrgan de representació del concurs el que decideixi si opta per complir l'obligació del concursat (cosa que el facultaria per reclamar la contraprestació a l'altra part) o si prefereix resoldre el contracte. Com a conseqüència, aquesta regla deixa sense efecte les clàusules de resolució contractual que s'haguessin pactat.

Si l'òrgan concursal opta pel compliment, la prestació que pesa sobre el concursat ha de ser satisfeta com a deute de la massa o quedar suficientment garantida. Aquesta facultat d'elecció entre el compliment o la resolució estarà condicionada per la solució que es vulgui donar al concurs. Si s'opta per la liquidació, no té gaire sentit triar el compliment contractual, mentre que si la solució és el conveni, normalment interessarà promoure'n el compliment. No obstant això, hi haurà casos en què, a pesar de solucionar el concurs mitjançant la liquidació, el compliment de les prestacions sigui més convenient per als interessos dels creditors, en funció de la revaloració que hagués experimentat la contraprestació (per exemple, en la compra d'un im-

moble). I també pot passar que, per més que es pretengui la continuïtat empresarial a través d'un conveni, econòmicament no interessi el compliment d'un contracte pendent.

Un tractament especial mereixen els contractes de tracte successiu (com poden ser els d'arrendament, els contractes laborals, el contracte d'agència).[16] En principi, la declaració concursal no hauria d'afectar la vigència del contracte. És a dir, la declaració de concurs no ha d'implicar per si mateixa la resolució contractual. Una cosa diferent és que si després de la declaració concursal s'incorre en incompliment, aquest incompliment legitimi l'altra part per resoldre el contracte. Això no obstant, alguna llei especial (així passa amb el contracte d'agència) i, sobretot, la pràctica contractual inclouen la declaració concursal entre les causes de resolució del contracte.

Des d'aquest punt de vista, el criteri que s'hagi de seguir dependrà de la solució que es doni en el concurs: el conveni o la liquidació. En un procediment concursal que admet la solució concordatària (per la qual es pot aconseguir la continuïtat empresarial), no interessa que es puguin resoldre els contractes de tracte successiu i sí, en canvi, garantir-ne el manteniment. Així, per exemple, quan l'empresari concursat té certa maquinària en virtut d'un contracte de leasing, si l'arrendador pogués exercitar la facultat (reconeguda contractualment) de resoldre aquest contracte en cas de declaració concursal de l'arrendatari, es comprometria seriosament la possibilitat que el concursat generés recursos amb els quals complir amb el pla de pagaments previst en el conveni, i amenaçaria també la continuïtat de l'empresa. Sembla raonable, doncs, la solució adoptada per l'Avantprojecte de Llei Concursal (article 60.3), que deixa sense efecte les previsions contractuals per les quals es permet la resolució contractual en cas de concurs. El que s'ha dit en relació amb aquestes clàusules contractuals de resolució s'ha d'ampliar també a certes disposicions legals que permeten la resolució contractual. En el cas del contracte d'agència, s'adverteix amb claredat que l'empresari concursat que pretén continuar amb la seva activitat a través d'un conveni amb els seus creditors tingui interès a conservar la xarxa comercial d'agents. El mateix passa quan el concursat és l'agent. En aquest punt s'hauria de revisar

(16) Article 26.1.b) de la Llei sobre Contracte d'Agència.

el criteri adoptat en l'Avantprojecte (article 62.2), que manté la vigència de les previsions legals que estableixin o permetin l'extinció contractual en cas de declaració concursal.

En canvi, seria possible la resolució contractual a partir del moment d'obertura de la fase de liquidació en el concurs. A partir d'aleshores ja no interessa mantenir el contracte, ja que generarà deutes de la massa (o en terminologia de l'Avantprojecte, crèdits contra la massa) sense la justificació econòmica que sí que existia quan hi havia una perspectiva de continuïtat empresarial.

En el cas dels contractes de treball, la declaració concursal tampoc no implica per si mateixa la resolució d'aquests contractes, sense perjudici que la situació concursal en permeti l'extinció en condicions més beneficioses per a l'empresari concursat pel que fa a la quantitat de les indemnitzacions. L'Avantprojecte de Llei Concursal presenta com a novetat atribuir al jutge del concurs la competència de declarar l'extinció dels contractes de treball (article 63). Això respon a la premissa adoptada d'unificar en el jutge del concurs el coneixement de les qüestions que tinguin transcendència sobre el patrimoni del concursat.

VII. Formació de la massa activa

7.1. Determinació de la massa activa

La principal garantia amb què compten els creditors per al cobrament dels seus crèdits és el patrimoni del concursat. D'acord amb el principi de responsabilitat patrimonial universal recollit a l'article 1911 del Codi Civil, el deutor respon del compliment de les seves obligacions amb tots els seus béns presents i futurs.

Per aquest motiu, la declaració de concurs implica l'afectació de tot el seu patrimoni per a la satisfacció col·lectiva dels seus deutes; per tant, aquest patrimoni queda subjecte a les mesures d'intervenció o de substitució per part de l'administració judicial, en funció de l'abast que decreti el jutge. L'administració judicial ha de procedir a elaborar un inventari de tot l'actiu patrimonial del deutor. Sobre la base d'aquest inventari es pot iniciar la determinació de la massa activa. S'entén per massa activa el conjunt de béns i de drets del deutor que estan subjectes a la satisfacció concursal.

La naturalesa de les mesures d'intervenció o de substitució s'assembla a l'embargament. Per aquest motiu és lògic excloure de la massa activa tots aquells béns i drets que no són embargables. Per això també aquestes mesures substitueixen els embargaments existents.

No és fàcil determinar els béns que han de formar part de la massa activa. Al contrari, sovint passa que ni són del deutor tots els béns que estan en

el seu poder, ni estan en el seu poder tots els béns que hi ha d'haver. Efectivament, d'una banda, és possible que el deutor tingui béns o drets la titularitat dels quals no li correspon. De l'altra, el deutor ha pogut fer actes de disposició o negocis perjudicials per a la massa, cosa que justificaria la necessitat de reintegrar-los-hi.

D'aquesta manera, la determinació de la massa activa s'integra per operacions de signe contrari: unes són de separació de béns per part d'aquells a qui corresponen, i les altres són de reintegració enfront d'aquells als quals hagin anat a parar aquests béns injustificadament.

Amb caràcter previ a aquestes operacions, en la formació de l'inventari es presenten dos problemes especials: el cas de béns conjugals i el de comptes indistints.

Pel que fa als béns conjugals no hi ha dubte que el concurs afecta els béns privatius del cònjuge concursat. Pel que fa als béns a guanys o que formin part d'un règim de comunitat conjugal, s'inclourà en la massa activa el dret corresponent del cònjuge concursat sobre el patrimoni comú. Aquesta és la solució que en bona lògica adopta l'Avantprojecte de Llei Concursal (article 76), en concordança amb les normes del Codi Civil (article 1373) i de la Llei d'Enjudiciament Civil (article 541).

En relació amb els comptes indistints, la jurisprudència té declarat que el compte indistint no prejutja la titularitat del saldo. Per aquest motiu, el saldo existent en el moment de declarar-se el concurs d'un deutor que és cotitular del compte, es pot incloure en la massa activa sense perjudici que el veritable titular de la totalitat o d'una part d'aquests fons pugui acreditar-ho i exercitar la corresponent acció de separació a través d'un incident concursal, que comportarà la declaració del seu dret. Aquest criteri es recull, així mateix, en l'Avantprojecte (article 78).

Finalment, i per tot allò que fa referència a la formulació de l'inventari, al costat de la descripció dels béns i dels drets integrats en la massa activa, hi ha d'haver una avaluació. Això ens connecta amb el problema dels criteris de valoració que s'han de seguir, que és una qüestió especialment espinosa quan es tracta d'un patrimoni empresarial. Per donar resposta a aquesta qüestió, ens hem de centrar en la funció que té l'inventari en el pro-

cés concursal. La informació sobre el valor de l'actiu té sentit per a la solució concursal, ja que els creditors necessiten saber amb quins béns compta el deutor per complir el conveni proposat i quant valen aquests béns. Per tant, és més coherent ajustar-se al valor real d'aquests béns i no subjectar-se als criteris de valoració derivats del principi comptable d'empresa en funcionament (valor d'adquisició o cost de producció). Per a la valoració d'aquests elements patrimonials s'ha de tenir en compte el valor real dels béns en el moment en què s'elabora l'inventari.

7.2. Operacions de reducció o separació

La reducció de la massa activa s'integra per una sèrie d'operacions destinades a treure d'aquesta massa determinats béns i drets que no poden servir per a la satisfacció col·lectiva dels creditors del deutor insolvent, per tres motius diversos.

a) En primer lloc, perquè hi ha béns i drets que no poden ser executats, perquè són **intransmissibles** (així els que tenen naturalesa estrictament personal), o no **embargables**: és a dir, béns i drets que no són susceptibles d'execució, ni singular ni col·lectiva (els citats als articles 605 i 606 de la Llei d'Enjudiciament Civil).

b) En segon lloc, es pot tractar de béns i de drets de **domini aliè**. En conseqüència, com que aquests béns no pertanyen al deutor concursat, els seus legítims amos tenen dret a reclamar-los i a retirar-los de la massa activa. Això és el que tradicionalment es coneix com a *separatio ex iure dominii*. En l'actual Codi de Comerç,[1] aquest sistema està integrat per dues peces. D'una banda, l'acció reivindicatòria ordinària, que en la fallida compta amb l'especialitat que el reconeixement del dret de propietat del tercer es pot aconseguir no tan sols mitjançant sentència judicial, sinó també per acord de la junta de creditors (article 908 del Codi de Comerç). Al costat d'això, hi ha el que es denominen accions reivindicatòries impròpies o especials de la fallida, que es caracteritzen pel menor rigor en els requisits materials exigits perquè prosperi la reivindicació. Es tracta d'una àmplia sèrie de supòsits (re-

(1) Articles 908 i 909. Aquesta construcció reprodueix en bona mesura la del Codi de Comerç de 1829, que es referia als «creditors de domini», expressió que es reitera en la Llei de Suspensió de Pagaments.

collits en l'article 909 del Codi de Comerç) que es refereixen a: 1) el dret de separació de la dona de la fracció sobre certs béns dotals i parafernals (hipòtesi la vigència de la qual es limita als béns uxoris en Dret foral), 2) els béns que el fallit tingués en dipòsit, en administració, en arrendament o en usdefruit, 3) el dret de separació en favor del poderdant en cas de fallida del comissionista, tot distingint els casos de comissió de compra, de venda, de cobrament, de pagament, de trànsit, de transport o de lliurament, i 4) el dret de persecució del venedor sobre coses encara no pagades pel comprador fallit a través d'un doble règim segons que la venda fos al comptat o a termini.

El sistema vigent resulta molt prolix. En altres ordenaments, la qüestió s'ha simplificat. Així passa en el Dret alemany: qui pugui al·legar (sobre la base d'un dret real o personal) que un bé o un dret no pertany a la massa del concurs, no és creditor concursal i el seu dret de separació del bé es determina segons les lleis que regeixen al marge del procediment concursal. Dues regles s'afegeixen en el cas que el bé la separació del qual es pretén ja no estigui en el patrimoni del deutor concursat, ja sigui perquè el mateix deutor el va alienar abans de la declaració d'insolvència, o perquè després d'aquesta declaració l'administrador judicial ha alienat injustificadament el bé en qüestió. Si el tercer adquirent encara no ha satisfet la seva contraprestació, el titular del dret de separació pot exigir que se li cedeixi el dret a reclamar el pagament d'aquesta contraprestació. En canvi, quan el tercer ja ha satisfet la seva contraprestació a la massa, el titular del dret de separació només pot exigir aquesta contraprestació de la massa concursal mentre aquesta contraprestació continuï formant part de la massa i sigui identificable.(2)

L'Avantprojecte de Llei Concursal (article 80) s'inspira en aquest sistema, encara que es limita al supòsit que el tercer adquirent encara no hagi satisfet la seva contraprestació. Així, doncs, també s'hauria de contemplar l'altra hipòtesi. D'altra banda, i a fi d'agilitar la tramitació d'aquest dret de separació, l'Avantprojecte introdueix la novetat que sigui la mateixa administració judicial la que pugui reconèixer aquest dret i entregar els béns als titulars legítims que ho sol·licitin; i si l'administració judicial rebutja aquesta pretensió, qui es consideri titular legítim del bé pot plantejar incident concursal (article 79).

(2) §§ 48 i 49 de la *Insolvenzordnung* alemanya.

c) En fi, és freqüent que en la massa de béns del concursat hi hagi béns que siguin efectivament seus, però que no poden servir per pagar a tots els creditors, perquè aquests béns estan **afectes preferentment** al pagament de determinats crèdits, que estan garantits amb aquests béns. Els titulars d'aquests crèdits garantits tenen el dret d'execució separada, és a dir, al marge del concurs. Aquest fenomen es coneix tradicionalment com a *separatio ex iure crediti*. Són els crèdits garantits amb penyora, penyora sense desplaçament, hipoteca, hipoteca mobiliària, hipoteca naval, o les garanties a favor del Servei de Compensació i Liquidació de Valors, o a favor de les societats rectores dels mercats secundaris oficials de futurs i opcions. Del tractament d'aquestes execucions separades, ens n'hem ocupat quan hem tractat la *vis attractiva* del concurs.(3)

7.3. Operacions de reintegració

Constitueix un fet comprovat que el deutor comú, en un període previ a la declaració de concurs i davant la previsió que el seu patrimoni sigui pres (ocupat) i directament afectat al pagament dels seus creditors a través de la liquidació o del conveni, amb freqüència intenta eludir alguns béns d'aquest final o d'afavorir algun dels seus creditors en perjudici dels altres. Aquests actes poden revestir la forma de donació, de compravenda simulada, de pagament de crèdits no vençuts, de constitució de garanties a favor de crèdits que no tenen aquesta condició, etc., o simplement de pagament discriminat de crèdits.

Si aquestes operacions mereixen un tractament legal especial i, en concret, dotar els creditors –a través dels administradors judicials– d'accions especials, és per assegurar dos principis essencials en la solució concursal: preservar la integritat patrimonial del concursat (que constitueix la garantia per a la satisfacció dels crèdits) i salvaguardar la *par condicio creditorum*.

Per als creditors concursals, la principal garantia del cobrament dels seus crèdits és la integritat del patrimoni del concursat, ja que en funció del seu abast seran satisfets en més o menys mesura. Les accions de reintegració concursals han d'anar encaminades a impedir que el patrimoni del deutor es

(3) *Supra,* capítol VI: 6.6.1.

minori o es devaluï injustificadament en un període anterior al concurs. S'entén injustificada qualsevol disposició patrimonial a títol gratuït, mentre hi hagi creditors amb crèdits pendents de cobrament. De fet, fora del concurs, al creditor se li facilita l'acció de rescissió, per frau de creditors, quan el seu deutor ha disposat a títol gratuït d'un bé i ha presumit en aquestes operacions el frau. De la mateixa manera estaran injustificats els negocis ruïnosos. Com a regla general podem entendre afectats tots aquells negocis perjudicials que no responguin a una equivalència de prestacions.

D'altra banda, és una regla general del procediment concursal que tots els creditors concorrin en igualtat de condicions, amb les excepcions derivades del reconeixement de privilegis a alguns crèdits. Una vegada declarat el concurs, tots els béns es troben especialment afectats a la solució concursal a través de la qual se satisfacin tots els creditors que tinguin els crèdits reconeguts. Per aquest motiu no es considera justificat que, en un moment anterior al concurs i en previsió d'aquest últim, s'alteri aquesta regla i es pagui a uns creditors i no a als altres. Però no s'ha de creure que qualsevol pagament és injustificat, sinó que, estan justificats aquells que siguin actes ordinaris de l'activitat professional o empresarial del deutor, sempre que es facin en condicions normals. En aquest sentit, sempre estarà justificat el pagament de les quotes de Seguretat Social, els arrendaments dels locals ocupats per l'empresa, els pagaments periòdics a mesura que vagin vencent, etc. No obstant això, la distinció entre pagaments justificats i injustificats, en el cas de deutes ja vençuts abans del concurs, no és fàcil, i s'ha de deixar la seva qualificació a la valoració de les circumstàncies que concorrin. El que està clar és que s'haurien d'impedir els pagaments extraordinaris que, per la seva proximitat a la declaració concursal, evidenciïn una intenció de pagar a algun creditor abans que a als altres.

Dos han estat els instruments utilitzats per a aquesta reintegració: la retroacció i les accions impugnatòries.

La retroacció pretén fer coincidir la situació de concurs real (la insolvència) amb el concurs declarat per traslladar la prohibició de disposar en el moment en què es va produir el pressupòsit del concurs. D'aquesta manera, es consideren ineficaços tots els actes realitzats des que el deutor va entrar en situació d'insolvència i va haver d'acudir al concurs fins que es va decla-

rar aquest últim. Acostuma a correspondre al jutge fixar aquest període de retroacció, que va des del moment en què apareix la insolvència fins que es declara el concurs (retroacció judicial). Encara que en alguns ordenaments ho fixava la mateixa llei per endavant, a través d'una ficció legal (retroacció legal). Tant en un cas com en l'altre, els actes compresos en aquest període no tenien eficàcia. És freqüent parlar de retroacció absoluta quan aquesta ineficàcia es predica de tots els actes o negocis realitzats en aquest temps de retroacció; mentre que es qualifica de relativa, quan només n'afecta uns quants. Una retroacció absoluta i judicial, com la que hi ha a l'article 878.2 del Codi de Comerç, origina molts problemes d'inseguretat jurídica, ja que freqüentment és molt difícil arribar a determinar amb seguretat el moment de la insolvència, i a més, és precisament en aquests moments quan les empreses necessiten més suport financer. Suport que difícilment s'aportarà si s'adverteix que, en cas de declarar-se la fallida, el jutge pot retrotreure els efectes fins a aquell moment i, amb això, es perden les garanties o contraprestacions rebudes en subministrar suport financer al deutor o simplement en continuar contractant-hi. La inseguretat augmenta si tenim en compte la manera com la retroacció ha estat interpretada per la jurisprudència, que no ha fet cap distinció d'actes o de negocis afectats, ni de persones, i ha fet prevaler la ineficàcia davant de tercers de bona fe, que fins i tot tenien la consideració de tercers hipotecaris. Per aquest motiu, no és un instrument adequat per articular la reintegració, i s'ha d'acudir a uns altres que permetin distingir més bé els actes o negocis perjudicials, mereixedors de la sanció d'ineficàcia, d'aquells que no ho són, la validesa dels quals no ha de quedar afectada pel concurs.

Les accions impugnatòries s'articulen per facilitar la rescissió d'actes o de negocis concrets anteriors a la declaració de concurs, en funció del perjudici que comporten per a la massa del concurs. La manera de facilitar-ne la impugnació és a través de presumpcions de frau i/o de perjudici d'actes o negocis fets dins d'uns terminis legals previs a la declaració de concurs. Aquesta tècnica, sempre que es combini bé el termini de temps i la classe de negoci concret que es concebi perjudicial, permet afinar més bé quan es fan operacions de reintegració per rescindir només aquelles que veritablement siguin perjudicials i, per tant, injustificades en funció del concurs, deixant de banda les que no són perjudicials.

És significatiu que els avantprojectes i treballs preparatoris anteriors a l'actual Avantprojecte del 2001 (els del 1959, 1983 i 1995) prescindeixen de la retroacció i opten per les accions impugnatòries. Així ho fa també el citat Avantprojecte del 2001, que sota la rúbrica «accions de reintegració» regula la denominada revocatòria concursal, de naturalesa rescissòria. El fonament de la ineficàcia se situa en el perjudici que els actes o negocis realitzats fins dos anys abans de la declaració del concurs originen a la massa activa de la fallida, sense que sigui necessària la concurrència del frau. D'aquesta manera es pot revocar qualsevol acte que s'acrediti com a perjudicial per a la massa activa. Com ja hem apuntat, aquest perjudici se xifra en l'existència d'un sacrifici patrimonial injustificat o en l'absència d'equivalència de prestacions.

No obstant això, per facilitar l'acreditació del perjudici, l'art. 70 de l'Avantprojecte ho presumeix, amb una presumpció que no admet prova en contra, en quatre casos:

• «Actes a títol gratuït, excepte liberalitats d'ús». Les donacions i altres actes de liberalitat fets per un deutor sobre el qual pengen deutes vençuts i exigibles es consideren injustificats.

• «Actes de disposició a títol onerós realitzats en favor d'alguna de les persones especialment relacionades amb el concursat». La relació de parentiu o de proximitat (amb vincles afectius o d'amistat), indueix el legislador a presumir que el negoci realitzat amb el que aviat serà declarat en concurs serà perjudicial per a la massa, i comporta, encara que respongui formalment a una causa onerosa, una forma de distreure béns de la solució concursal.

• «Constitució de garanties reals en favor d'obligacions preexistents o de les noves contretes en substitució d'aquelles». És un supòsit tradicional en el nostre dret, que trobem en les Ordenances de Bilbao de 1737 i en l'actualitat en l'article 880 del Codi de Comerç vigent. Es pretén evitar que el deutor afavoreixi injustificadament un creditor en perjudici d'uns altres i constitueixi una garantia real sobre algun dels seus béns en benefici d'un determinat creditor. Altrament, el creditor hipotecari podria fer ús del benefici d'execució separada, i cobrar-se el crèdit amb el producte que s'obtingui d'aquesta execució, amb preferència sobre la resta dels creditors. Per desgràcia, això sol ser molt habitual en el tràfic, ja que moltes entitats de crèdit que no tenen garan-

ties reals, en els moments previs a la fallida solen perseguir aquesta garantia per als seus crèdits, que en ocasions supediten a l'ampliació del crèdit.

• «Pagaments o altres actes d'extinció d'obligacions el venciment dels quals fos posterior a la declaració de concurs». També és un supòsit recollit avui dia en l'article 879 del Codi de Comerç. S'explica perquè es considera injustificat haver satisfet una obligació que no era exigible pel fet de no estar vençuda. Aquest supòsit té més aplicació pràctica de la que a primera vista es pugui pensar, ja que els rumors d'insolvència duen en ocasions a les entitats de crèdit a declarar vençudes anticipadament línies de crèdit i a compensar-se els dèbits amb els dipòsits existents en la mateixa entitat.

Lògicament, amb bon criteri, i per si hi hagués algun dubte, s'exclouen expressament de les accions rescissòries concursals «els actes ordinaris de l'activitat professional o empresarial del deutor realitzats en condicions normals», i «els compresos en l'àmbit d'aplicació de les lleis especials que regulen els sistemes de pagaments i de compensació i liquidació de valors i d'instruments derivats». L'activitat ordinària del deutor comú, feta amb anterioritat a la declaració de concurs no es pot veure afectada per les presumpcions anteriors, ja que si no, es provocaria una inseguretat al voltant del deutor i els simples rumors d'insolvència l'aïllarien comercialment i financerament. Per tant, les operacions ordinàries (com són els pagaments d'arrendaments, les assegurances socials, els sous, les quotes de devolució de préstecs, els descomptes d'efectes, els pagaments a proveïdors, etc.) queden al marge de la revocatòria concursal. I també ho estan totes aquelles operacions realitzades en mercats de valors i instruments derivats, per la necessitat que aquests tenen d'absoluta seguretat de la validesa d'aquestes operacions.

Aquestes accions rescissòries concursals no impediran l'exercici de la resta d'accions permeses per la Llei, sobretot l'acció rescissòria en frau de creditors (articles 1291 i següents del Codi Civil), o la presumpció muciana, que en l'Avantprojecte està expressament recollida a l'art. 77.1.[4]

(4) «Declarat el concurs de persona casada en règim de separació de béns, es presumirà en benefici de la massa, excepte prova en contrari, que va donar al seu cònjuge la contraprestació satisfeta per aquest per a l'adquisició dels seus béns a títol onerós quan aquesta contraprestació procedeixi del patrimoni del concursat. De no poder-se provar la procedència de la contraprestació, es presumirà, excepte prova en contrari, que la meitat d'aquesta va ser donada pel concursat al seu cònjuge, sempre que l'adquisició dels béns s'hagi realitzat l'any anterior a la declaració de concurs».

L'exercici de la revocatòria concursal correspondrà només a l'administració judicial, en funció de la doble condició de representant dels creditors i de la massa patrimonial. I ha d'anar dirigida contra el deutor i els destinataris dels pagaments, dels béns, o dels que hagin estat part en els negocis impugnats. Si els béns han anat a parar a un tercer, aliè al negoci impugnat, també haurà de ser demandat si es pretén la restitució dels béns. No obstant això, en qualsevol cas i per motius de seguretat en el tràfic jurídic, el tercer adquirent de bona fe ha de ser protegit, i més quan es tracta d'un tercer hipotecari. L'Avantprojecte així ho preveu, amb molt bon criteri, en l'art. 72.

Convindria articular un procediment senzill, però que garanteixi la contradicció, per fer valer aquestes accions, el coneixement de les quals ha de correspondre, lògicamente, al jutge del concurs.

VIII. Formació de la massa passiva

A més de la massa patrimonial que s'ha de repartir entre els creditors, s'ha de determinar quins creditors tenen dret a cobrar i en quin ordre. D'aquesta forma, i paral·lelament a la determinació de la massa activa, s'hauran de reconèixer els crèdits existents contra el deutor comú i, si fos el cas, graduar-los, per si hi hagués alguna preferència que trenqui el principi de la *par condicio creditorum.*

Aquest és, sens dubte, un dels punts més conflictius de la reforma concursal. I això no tant pel procediment articulat per al reconeixement i la gradació dels crèdits, com per la determinació dels privilegis. Delimitar quins crèdits tenen preferència sobre uns altres ha estat des de sempre una de les dificultats del procediment concursal. Així s'explica que un dels primers i sens dubte més prestigiosos tractats sobre Dret Concursal, el de l'espanyol Salgado de Somoza, editat el segle XVII, es titulés, fent referència a aquesta qüestió, «*Labyrinthus creditorum*...».

8.1. Crèdits concursals i crèdits contra la massa

En principi, la declaració de concurs afecta tots els creditors del deutor comú, que s'hauran de subjectar al procediment concursal per cobrar a través de qualsevol de les solucions adoptades: liquidatòria o concordatària. Només els creditors amb dret d'execució separada, com és l'hipotecari, es

poden executar i cobrar al marge del concurs. La resta haurà de concórrer amb els altres creditors al cobrament dels seus crèdits.

Però de seguida aflora la distinció entre els crèdits anteriors a la declaració de concurs, l'impagat dels quals ha generat el mateix concurs, i els posteriors. I més, quan el deutor continua amb la seva activitat econòmica i, per tant, provoca nous deutes. Aquests deutes haurien de tenir un tractament diferent dels que van motivar el concurs. Entre altres motius perquè, si no és així, ningú no contractaria amb el concursat, ja que és segur que no cobraria sinó en la mateixa proporció que els anteriors creditors que estiguessin en el seu mateix rang. Per això se sol distingir entre crèdits concursals i crèdits contra la massa, i així ho fa també l'Avantprojecte de Llei Concursal (article 83). Els crèdits contra la massa són aquells ordinàriament generats amb posterioritat a la declaració de concurs, ja sigui per les actuacions judicials, ja sigui com a conseqüència de l'activitat econòmica de la massa activa intervinguda que es realitzi amb posterioritat a la declaració de concurs. Aquests crèdits contra la massa han de quedar al marge de la solució concursal, motiu pel qual ni es veuran afectats pel possible conveni, ni tampoc se subjecten a l'ordre de pagament en cas de liquidació. La lògica aconsella que aquests crèdits, que s'han ocasionat una vegada el deutor ha estat intervingut judicialment, se satisfacin a mesura que es vagin fent exigibles. Aquest és un dels motius pels quals el jutge ha de ser especialment cautelós a l'hora d'acordar o no el cessament de l'activitat econòmica del deutor, ja que, si aquesta només incrementa els deutes sense perspectiva de recuperació, no estaria justificada la continuació en l'activitat econòmica des del punt de vista de l'interès dels creditors concursals, interès que ha de regir el procediment concursal.

La dificultat radica a determinar quins crèdits tenen aquesta consideració de crèdits contra la massa o –en la terminologia doctrinal– de deutes de la massa. L'Avantprojecte, recollint el que havia estat doctrina jurisprudencial, inclou: els costos i les despeses processals generats per la sol·licitud i declaració de concurs, així com tots els seus incidents, els d'assistència i representació del concursat i, en general, els ocasionats en els procediments instats en interès de la massa activa, les despeses generades per l'administració de la massa, que inclouran també els seus honoraris, els deutes generats

per la continuïtat en la seva activitat professional o empresarial, i, en resum, totes aquelles obligacions sorgides amb posterioritat a la declaració de concurs. Entre elles s'al·ludeix també a les obligacions derivades de responsabilitat extracontractual del concursat, generades després de la declaració de concurs. Això és conseqüent, amb el benentès que l'obligació d'indemnitzar sorgeixi quan es produeix el mal, sempre que el seu import sigui conegut o es pugui determinar; la sentència que condemna al pagament de la indemnització té un mer valor declaratiu (no constitutiu) de l'obligació. Aprofundint una mica més, no sembla justificat que l'Avantprojecte atribueixi als crèdits per responsabilitat civil extracontractual un privilegi general (article 90.3r).

També té el caràcter de deute de la massa l'obligació de devolució de contraprestacions rebudes pel deutor en cas de revocatòria concursal. D'aquesta manera, si com a conseqüència d'una acció de reintegració de la massa, es rescindeix algun negoci i s'acorda la restitució de les prestacions rebudes en el seu moment, el dret a rebre la seva part qui va contractar amb el concursat no quedarà afectat pel concurs, i podrà cobrar amb preferència als crèdits concursals.

En contraposició, són crèdits concursals tots aquells crèdits que no ho siguin contra la massa, i en la major part dels casos coincidiran amb els anteriors a la declaració de concurs.

8.2. Reconeixement i qualificació de crèdits

Aquests crèdits concursals –és a dir, els que queden subjectes al concurs– han de ser insinuats (és a dir, comunicats a l'administració judicial), per després ser reconeguts i classificats o graduats.

Actualment, en el procediment de fallida, els tràmits de reconeixement i gradació de crèdits es fan especialment costosos i es dilaten excessivament en el temps. En el sistema vigent, el reconeixement i la gradació de crèdits se segueixen concebent com un doble tràmit, successiu l'un de l'altre, en el qual necessàriament ha d'intervenir la junta de creditors per aprovar el crèdit o, si s'escau, la seva qualificació; aquesta funció correspon al jutjat quan no s'arriba al quòrum legal o si s'impugna la decisió de la junta.

Però aquest sistema, i sobretot la necessitat de convocar i de reunir dues vegades a tots els creditors, fa injustificadament complicat i costós el procediment, i el dilata excessivament en el temps, sobretot quan es formulen impugnacions.

Posats a simplificar el procediment, el primer que hem de considerar és que el reconeixement i la gradació o classificació dels crèdits es pot fer conjuntament sense necessitat de distingir dues fases. Quan es fa el reconeixement del crèdit es pot indicar si té algun privilegi o no. En relació amb els tràmits per a la seva aprovació, han de quedar clars dos punts: un, que s'ha de donar a tots els creditors la possibilitat d'insinuar els seus crèdits (justificant-los documentalment), i dos, que han de tenir la possibilitat d'impugnar la inclusió, l'exclusió o l'import d'algun crèdit, així com la seva classificació, abans que es pronunciï el jutge.

L'experiència actual ja ens ofereix un bon model en el qual es tenen en compte aquestes exigències i, al mateix temps, amb la celeritat necessària. Ens referim, és clar, al tràmit per a la formació de la llista definitiva de creditors en l'expedient de suspensió de pagaments. La simplicitat d'aquest tràmit podria servir de base per dissenyar aquesta fase de comunicació, de reconeixement i de gradació de crèdits en el nou concurs.

Després d'haver estat declarat el concurs, s'ha de donar un temps a tots aquells que ostentin un crèdit contra el deutor perquè ho insinuïn i justifiquin documentalment. Aquest termini, que es podria xifrar –com ho fa l'Avantprojecte de 2001– en un mes, seria preclusiu, ja que donaria lloc a què tots aquells crèdits que haguessin estat insinuats ,és tard fossin declarats morosos.

Una vegada insinuats els crèdits i presentada la documentació corresponent, és lògic que correspongui a l'administració judicial l'examen, per formular posteriorment en el seu informe una proposta de reconeixement de crèdits i la seva qualificació. A aquesta proposta se li ha de donar la publicitat necessària dirigida a tots els afectats perquè, si fos el cas, puguin impugnar-la. D'aquesta manera el jutge, una vegada tramitades conjuntament les eventuals impugnacions, decidirà en relació amb les impugnacions i declararà, en conseqüència, quins crèdits es reconeixen, per quin import, i la seva

qualificació. Si no s'interposen impugnacions, el jutge resoldrà l'aprovació de la llista de creditors i la seva qualificació.

L'aprovació definitiva dels crèdits i la seva classificació no tan sols afectarà el repartiment o el pagament, en cas de liquidació, sinó que també es tindrà en compte per convocar els creditors a una junta per a l'acceptació de conveni, així com per determinar en aquesta junta els quòrums i les majories necessàries.

8.3. Classificació dels crèdits

8.3.1. El principi de la 'par condicio creditorum' i les seves excepcions

El laberint de crèdits que concorren en un concurs, al qual fèiem referència, s'explica per l'existència d'una pluralitat indiscriminada de privilegis, que a més operen amb distintes preferències de cobrament. Això fa que sigui molt difícil graduar els crèdits.

Encara que, per sobre de la dificultat tècnica en la gradació dels crèdits, el primer que s'adverteix en la pràctica concursal actual és que els creditors comuns (aquells que no tenen un privilegi especial) no arriben a cobrar mai. Això és així perquè aquests privilegis comporten una preferència de cobrament, que impedeix el pagament a altres creditors mentre no hagi estat totalment satisfet el crèdit privilegiat. En un sistema com el nostre, en el qual hi ha molts graons o graus, els que estan a la base difícilment cobren. I són aquests mateixos creditors comuns, ordinàriament industrials i proveïdors, els més vulnerables a la crisi econòmica derivada de la insolvència del deutor, ja que no poques vegades provoca una crisi en cadena. La situació actual ens ha de fer replantejar la justificació dels privilegis i s'han d'admetre únicament els que siguin estrictament necessaris.

Quan es parla dels principis que regeixen el concurs, constitueix un lloc comú invocar la *par condicio creditorum*: la igualtat de condicions de tots els creditors que concorren al concurs. Aquest principi constitueix una premissa clara de la qual partir. La regla general ha de ser aquest tractament comú dels creditors, de manera que el privilegi sigui una cosa excepcional.

Però aquesta excepcionalitat no ha de ser només conceptual, sinó real; és a dir, que en la pràctica siguin poques les preferències de cobrament per assegurar que els crèdits ordinaris siguin satisfets.

Un sistema en el qual proliferen en excés els privilegis genera al seu torn més privilegis, com a reacció natural de protecció d'un determinat sector econòmic enfront de la resta.

Els privilegis, encara que tenen la seva justificació formal en el reconeixement legal, materialment es fonamenten en la naturalesa del crèdit i, més en concret, en els interessos afectats (drets de treballadors i assimilats, de la Hisenda Pública) o en la protecció del sistema de garanties reals.

I de la mateixa manera que les situacions creditícies excepcionals han de ser privilegiades en el concurs, té sentit sancionar determinats crèdits, que es veuran postergats en el pagament concursal. La subordinació d'aquests crèdits es justifica per la seva especial naturalesa (per exemple: interessos, multes), per les particulars circumstàncies en la seva titularitat (creditors amb especial relació de proximitat al concursat) o pel retard en la seva comunicació a l'administració judicial.

8.3.2. Els crèdits privilegiats

Reconèixer per a determinats crèdits el caràcter de privilegiats comporta una doble conseqüència concursal. D'una banda, la preferència en el cobrament, pel que fa als restants creditors, i que es fa efectiva sobre la generalitat del patrimoni del concursat (privilegi general) o sobre béns concrets (privilegi especial). En segon lloc, el dret a no veure's afectat pel que es pacti en el conveni; dret al qual es pot renunciar expressament. Ja que es refereix a la preferència en el cobrament, convé insistir en la diferència entre privilegis generals i privilegis especials.

El **privilegi especial** es reconeix als titulars de crèdits que estan especialment vinculats a un determinat bé, ja sigui perquè el pagament d'aquest crèdit s'ha volgut garantir amb aquest bé (garanties reals convencionals degudament constituïdes i, si s'escau, inscrites: hipoteca, penyora, hipoteca mobiliària, penyora sense desplaçament), ja sigui per la vinculació de la prestació

que dóna origen al crèdit amb l'elaboració, conservació o reparació del bé que, per això, queda especialment afectat (crèdits refaccionaris).

En canvi, no es veu cap motiu que justifiqui l'atribució d'un privilegi especial al crèdit de l'arrendador financer, respecte al bé arrendat, o al del venedor a terminis, sobre el bé venut amb reserva de domini, prohibició de disposar o condició resolutòria per falta de pagament. En aquests casos és suficient garantia per al creditor la propietat del bé o la clàusula contractual per la qual es pot recuperar aquest bé. No cal sumar a aquesta protecció del crèdit la concessió d'un privilegi especial sobre un bé que és del mateix creditor o que pot tornar-ho a ser.

No obstant això, els **privilegis generals** donen dret a cobrar preferentment amb el que s'obtingui de la liquidació de qualsevol bé del deutor. L'atribució d'aquest privilegi general a determinats crèdits només es justifica per la seva singular naturalesa, pels interessos afectats. Si es reconeix un privilegi general als treballadors per garantir, almenys en determinada quantia, el cobrament de salaris i d'indemnitzacions, és perquè es considera d'un especial interès social protegir aquests crèdits en cas d'insolvència del seu patró. I és lògic que aquesta preferència sigui absoluta pel que fa a qualsevol creditor. Pel que fa als crèdits tributaris o per quotes de la Seguretat Social, la seva protecció es justifica per l'interès general que representen, i perquè, tractant-se d'un interès comú, si no se'l dotés d'aquest privilegi, difícilment es respectaria davant la resta de creditors.

Fora d'aquests casos, és molt difícil advertir la concurrència d'interessos que justifiquin el reconeixement d'un privilegi general. Per això potser s'haurien de revisar algunes extensions d'aquest privilegi que conté l'Avantprojecte del 2001 (article 90.3r i 7è). Així, no s'acaba d'entendre l'atribució indiscriminada de privilegi general a qualsevol crèdit derivat de responsabilitat civil extracontractual, i més, quan no es distingeix ni en la causa ni en la naturalesa del dany (corporal o patrimonial). De la mateixa manera, pot tenir efectes pertorbadors l'atribució d'un privilegi general (encara que d'import limitat) al creditor instant del concurs. Referent a això, està justificat que es reemborsin a aquest creditor les despeses ocasionades per la sol·licitud del concurs necessari; també ho està que es penalitzi el deutor que no sol·licita

oportunament ser declarat en concurs; però és molt discutible que s'incentivin les sol·licituds de concurs necessari, ja que això podria provocar la utilització abusiva del concurs per part dels creditors.

En l'atribució de privilegi general a determinats crèdits, és coherent amb el propòsit que el repartiment inclogui també els creditors ordinaris, que s'estableixi un límit en l'import dels crèdits privilegiats. En el cas dels crèdits laborals, la quantificació és temporal per als salaris, i a més també quantitativa per a les indemnitzacions per acomiadament. També sembla lògic posar un límit als crèdits tributaris i per quotes de la Seguretat Social; per això és encertat el criteri seguit en l'Avantprojecte del 2001 (article 90.5è i 6è), que limita el privilegi a un percentatge calculat sobre el total del passiu.

En aquest marc de contenció en el reconeixement de privilegis generals i especials s'entén que s'excloguin tots els altres privilegis que fins ara havien proliferat en la nostra legislació, atenent a la més variada naturalesa de les prestacions o, el que encara és pitjor, a la forma en què constés el crèdit (en escriptura pública, pòlissa mercantil intervinguda o en sentència ferma).

8.3.3. Els crèdits subordinats

Tipologia de crèdits subordinats: la justificació

Fins ara, el nostre Dret desconeix la categoria dels crèdits subordinats, que en canvi sí que està present en altres ordenaments.[1] Respon al fet que, en una situació concursal, determinats crèdits mereixen una consideració inferior als crèdits ordinaris.

La nostra pràctica concursal ha conegut situacions en les quals alguns creditors privilegiats cobraven amb preferència als ordinaris no tan sols pel principal del seus crèdits, sinó també per interessos, sancions, etc. amb uns imports elevadíssims, i el pagament d'aquests interessos és el que impedia la satisfacció dels crèdits ordinaris. En el concurs, repugna al sentit comú anteposar el pagament d'interessos per a la satisfacció del principal d'altres crèdits. El mateix raonament val per a les multes o recàrrecs.

(1) Així, per exemple, en l'alemany: § 39 de la *Insolvenzordnung*.

La inclusió d'altres crèdits en aquesta categoria de crèdits postergats obeeix a una finalitat sancionadora. Així passa amb els d'aquells creditors que han comunicat tardanament els seus crèdits i que, per tant, són reconeguts després d'expirar el termini legal de comunicació de crèdits (els anomenats «crèdits morosos» en el sistema vigent). La subordinació d'aquests crèdits es justifica com una sanció al retard del creditor.

Un tercer grup de crèdits subordinats serien aquells que detenen persones especialment relacionades amb el concursat. El problema radica a determinar quines vinculacions justifiquen aquesta qualificació de crèdits subordinats. En opinió nostra, els únics supòsits de vinculació amb el concursat que justifiquen la postergació de crèdits es produeixen en el cas que el concursat sigui una persona jurídica: en concret, els crèdits dels socis (si es vol, els d'aquells amb una participació significativa en el capital), els crèdits dels administradors, els crèdits de societats pertanyents al mateix grup i –per la seva pròpia configuració legal– els crèdits participatius. En el cas dels crèdits dels socis, les exigències d'una adequada dotació del capital social impliquen que si els socis fan préstecs a la societat en lloc d'aplegar fons propis, aquests préstecs han de ser requalificats i postergats. Si es tracta de crèdits d'administradors o de societats del grup, la justificació d'aquesta postergació radica bàsicament en la necessitat pràctica d'evitar que, per la seva participació en el passiu, puguin decidir l'acceptació del conveni pels creditors.

No obstant això, aquesta justificació no s'hauria d'ampliar al cas que el concursat sigui una persona física. Si una persona física es troba en situació de crisi econòmica, normalment els seus familiars o parents intentaran ajudar-lo econòmicament. Aquesta ajuda no respon a cap obligació legal, i evita en molts casos la situació d'insolvència. Sancionar aquests crèdits, qualificant-los de subordinats, seria una mesura contraproduent. Per això, convindria revisar el criteri seguit sobre aquest punt en l'Avantprojecte (article 92.1).

Finalment, és lògic sancionar amb la subordinació aquells creditors que ho siguin com a conseqüència d'haver prosperat una acció revocatòria concursal en contra d'ells, si en l'acte que s'impugna hi va haver mala fe per part d'aquests subjectes.

Conseqüències d'aquesta qualificació

Les principals conseqüències de classificar determinats crèdits de subordinats es produeixen en un doble ordre: 1) la postergació en el cobrament, si s'opta per la liquidació; 2) l'exclusió en la tramitació i acceptació del conveni.

Si la solució concursal és la liquidació, amb el producte que s'obté es fa pagament als creditors: primer se satisfan els crèdits privilegiats, després els ordinaris, i només quan aquests han estat íntegrament pagats es farà el pagament dels crèdits subordinats.

Si el concurs es canalitza a través del conveni, s'exclouen els crèdits subordinats del càlcul de la fracció del passiu requerida, tant per a les adhesions a les propostes de conveni com per a la constitució de la junta i per a la majoria exigida en l'acceptació del conveni. És sorprenent que l'esborrany d'Avantprojecte adoptés aquest criteri i que, no obstant això, en el text ministerial desaparegui l'exclusió del dret de vot dels creditors subordinats.

IX. El conveni

9.1. El conveni concursal: funció i problemes que ha d'afrontar la seva regulació legal

9.1.1. El conveni com a solució preferent del concurs

El conveni és un acord celebrat entre el deutor insolvent i la col·lectivitat dels seus creditors, aprovat pel jutge i pel qual es pretén posar remei a la situació d'insolvència d'aquell deutor. En essència, el conveni és una fórmula de pagament dels crèdits. Els efectes del conveni es produiran si aquest prospera seguint les vies legals i el jutge l'aprova, i el deutor el compleix. Així doncs, el conveni és una solució del concurs; l'altra solució és la liquidació.

Les relacions entre el conveni i la liquidació es poden resumir de la manera següent. En primer lloc, les dues solucions són antagòniques; això significa que no es poden admetre convenis directament liquidadors (en el benentès que, per altra banda, el règim legal de la liquidació ha de ser àgil i flexible).

En segon lloc, el contingut i la forma en què s'articulin les dues solucions han de ser coherents amb la finalitat perseguida amb el concurs: la (millor) satisfacció dels interessos dels creditors del deutor insolvent.

En tercer lloc, la pràctica confirma des de fa temps que s'ha de preferir el conveni a la liquidació per evitar «el demèrit, la depreciació i la ruïna del

capital»[1] que comporta la liquidació concursal. Aquesta afirmació és especialment certa en el cas que el deutor sigui un empresari. L'apuntada preferència del conveni s'ha de traduir legalment en diversos extrems, tots ells caracteritzats pel propòsit de servir de solució eficaç a la situació concursal i evitar conductes oportunistes. D'això se'n deriven les conseqüències següents:

• D'una banda, s'ha d'agilitar la tramitació del conveni en el si del concurs. Per a això, s'ha de facilitar que es pugui proposar un conveni abans d'iniciar la liquidació. També s'han de fixar criteris realistes en la majoria necessària per a l'acceptació del conveni (i, en contrapartida, s'han d'excloure del vot aquells crèdits els titulars dels quals estiguin especialment vinculats amb el deutor). A més, s'ha de flexibilitzar la manera en què consti l'adhesió al conveni. En fi, s'imposa limitar el termini, determinar els subjectes i taxar les causes per impugnar el conveni aprovat.

• D'altra banda, la llei ha de reconèixer l'admissibilitat de múltiples continguts de les propostes de conveni (amb la sola exclusió d'aquells continguts que, com que són liquidadors, són impropis del conveni). Aquesta flexibilitat en els possibles continguts del conveni concursal és, a més, conseqüència necessària de la noció unitària d'insolvència que ha de servir de pressupòsit objectiu per a l'obertura del procediment concursal. Ja que no es distingeix entre situacions de falta de liquiditat i situacions d'insuficiència patrimonial, el contingut de la proposta de conveni s'haurà d'adequar al supòsit concret.

9.1.2. Els problemes que s'han de resoldre

En relació amb el que acabem de dir, el nou règim concursal ha d'eliminar els múltiples dubtes interpretatius que sobre el conveni concursal ha suscitat la normativa encara vigent. Dues causes estan en l'origen d'aquests problemes. D'una banda, l'actual dispersió i les diferències normatives. D'una altra, i sobretot, el silenci legal sobre nombroses qüestions que han intentat ser resoltes per jutges i autors, i que sovint donen lloc a solucions enfrontades.

Efectivament, el sistema actual és confús en molts aspectes, ja que hi ha *diverses regulacions* del conveni de l'empresari insolvent, segons que

(1) L'expressió ha fet època en la literatura concursal i es recull en una llunyana sentència del Tribunal Suprem de 29 de desembre de 1927. Des d'aleshores és comunament reiterada per magistrats i autors.

aquest conveni es ventili en un expedient de suspensió de pagaments o en un procediment de fallida. En aquest segon cas, a més, hi ha notables diferències entre la tramitació del conveni en la fallida d'un empresari individual i en la d'una societat mercantil, el règim de la qual s'integra –per complicar-ho més– en la normativa disposada per a les companyies de ferrocarrils i altres obres públiques.

I, molt especialment, els problemes que actualment presenta el conveni concursal procedeixen de la *indefinició legal* en aspectes d'extraordinària importància. Per començar, molt poca cosa s'estableix sobre el *contingut* de la proposta de conveni. Tradicionalment es reconeixen el quitament i l'espera, i el conveni de continuació o de traspàs empresarial. En canvi, els convenis amb contingut liquidador o de cessió de béns (ja sigui de cessió en pagament o per a pagament) han suscitat molts dubtes. I encara més importants són les qüestions plantejades sobre la indefinició legal pel que fa a la eficàcia del conveni concursal. En particular, és problemàtica la determinació dels creditors als quals concerneix el conveni (tenint en compte que, bé per llei o mitjançant criticables criteris jurisprudencials, progressivament s'ha ampliat el cercle dels privilegiats amb el dret d'abstenció, als quals el conveni no vincula). Seria convenient donar una solució normativa a l'abast del conveni pel que fa a determinats crèdits, com per exemple, els derivats de responsabilitat civil. Així mateix, el silenci legal ha provocat respostes enfrontades en relació amb l'extensió del que s'ha acordat en el conveni als fiadors o obligats solidaris del deutor insolvent (és a dir, si l'espera pactada allibera el fiador, i si els quitaments beneficien també aquest fiador o els obligats solidaris). Altres qüestions pendents de solució en l'actual normativa són: l'extensió dels efectes del conveni als titulars de crèdits no reconeguts en el procediment concursal, la possibilitat de modificar el conveni una vegada aprovat, l'abast de la funció judicial en l'aprovació del conveni (en particular, en quins casos el jutge podria rebutjar aquesta aprovació), les conseqüències del compliment i de l'incompliment del conveni, la responsabilitat del deutor després de la clausura del procediment concursal, etc.

9.2. La proposició de conveni: moment i subjectes

La ja indicada preferència del conveni sobre la liquidació, així com les exigències generals d'agilitat, de senzillesa i de rapidesa del procediment concursal, impliquen que s'ha de facilitar al deutor insolvent la possibilitat de proposar un conveni als seus creditors. Per tant, tret que el mateix deutor hagi sol·licitat la liquidació del seu patrimoni, el legislador ha de promoure que es pugui solucionar el concurs a través d'un conveni que satisfaci els interessos dels creditors.

En el cas d'un empresari insolvent, l'elecció entre liquidació i conveni dependrà de la viabilitat de la seva empresa.(2) No obstant això, determinar aquesta viabilitat no és una feina fàcil; a tot estirar, es poden aportar indicis i proposar mesures que contribueixin a la viabilitat empresarial. Per això, en un primer moment, convé donar al deutor l'opció entre la liquidació o la proposició de conveni. Mentre no es prefereixi la liquidació, s'ha d'intentar la solució concordatària, que poden proposar també els creditors. Només s'imposa la liquidació quan no hi hagi cap proposta de conveni, o quan no s'accepti cap de les propostes o no es compleixi la proposta acceptada.

9.2.1. Proposta anticipada de conveni

En aquest estat de coses, i seguint el model de l'actual suspensió de pagaments (la bondat de la qual en aquest punt no es discuteix), aquesta possibilitat de presentar una proposta de conveni s'ha de reconèixer des del primer moment del procediment. En contrapartida, i ja que això representa un benefici per al deutor, aquesta possibilitat s'ha de reservar per als deutors honestos. A més, i encara que per acollir-se a aquest benefici és indiferent quina sigui la situació d'insolvència del deutor (és a dir, tant és que es tracti de falta de liquiditat com d'insuficiència patrimonial), aquesta proposta ha d'oferir algun aspecte que pugui prosperar i ser admesa per la generalitat dels creditors.

(2) És per això que l'article 1 del *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência* portuguès afirma la possibilitat que tota empresa insolvent s'aculli a alguna de les providències de recuperació, mentre que la liquidació (a través de la fallida) només es reserva per al cas en què l'empresa es mostri econòmicament inviable o quan, ateses les circumstàncies, no es consideri possible la seva recuperació financera.

Semblen encertats, doncs, els criteris seguits en l'Avantprojecte de Llei Concursal (articles 103-109) que reconeixen al deutor la facultat de formular una proposta anticipada de conveni. En principi, es dóna opció al deutor perquè triï entre proposar un conveni o sol·licitar la liquidació. Si, com és d'esperar, prefereix formular anticipadament una proposta de conveni, pot fer-ho fins que expiri el període en què els creditors han d'insinuar els seus crèdits a l'administració judicial.

No obstant això, aquesta facultat no es reconeix a qualsevol deutor, sinó que s'estableix, a manera de paràmetres de conducta correcta i regular en l'ordre patrimonial, un elenc taxat de supòsits que impedeixen acollir-se a aquest benefici. Aquestes prohibicions es refereixen a la comissió de determinats delictes, al concurs consecutiu, a la realització de determinats actes en perjudici de creditors, a l'incompliment del deure de sol·licitar oportunament el concurs, i –en el cas dels deutors empresaris– a l'incompliment dels deures de comptabilitat i d'inscripció registral.

A més, l'Avantprojecte exigeix que aquesta proposta anticipada tingui el suport de creditors que representin, almenys, la cinquena part del passiu presentat pel deutor. Aquest criteri sembla ben intencionat, però és possible que la seva efectivitat pràctica es pugui burlar amb facilitat.

9.2.2. Proposta de conveni en junta de creditors

Si el deutor no es pot acollir al benefici de proposar anticipadament un conveni, o aquesta proposta anticipada no prospera, la solució concordatària també es pot intentar en junta de creditors. Tant el deutor com els seus creditors poden proposar aquest remei.

El jutge ha de convocar aquesta junta, una vegada s'hagi determinat definitivament quin és l'actiu (a través de l'inventari) i el passiu (mitjançant la llista de creditors) del deutor. El termini que ha de transcórrer entre la publicació d'aquesta convocatòria i la data assenyalada per a la celebració de la junta s'ha d'ajustar a les actuacions que s'han de dur a terme en aquesta fase preparatòria (presentació de la proposta de conveni, examen per part del jutge i informe per part de l'administració judicial) i a la necessitat d'informació dels creditors sobre la proposta i la convocatòria de la junta.

L'Avantprojecte regula també amb encert aquesta possibilitat de proposar conveni en junta de creditors (articles 110-114), i en això s'adverteix una certa inspiració en el model alemany.[3] Es reconeix legitimació activa per proposar el conveni al deutor, i també a creditors que representin una determinada proporció del passiu. Aquesta fracció de crèdits es concreta en la cinquena part, que es calcula sobre la base del passiu resultant de la llista de creditors que hagués presentat el deutor, o del resultant de la llista definitiva de creditors, segons que la proposta es formuli per aquesta minoria de creditors abans o després de ser definitiu el text de la llista de creditors.[4]

La proposta presentada és examinada pel jutge. Aquest la rebutjarà si no s'han complert els requisits sobre legitimació i termini en la proposició, o si el contingut de la proposta no s'ajusta als límits legals.[5] Si el jutge admet a tràmit la proposta, la sotmetrà al dictamen de la intervenció judicial. Aquest document té una funció informativa, a fi que els creditors tinguin una opinió tècnica sobre el conveni que els permeti formar el sentit de vot.

9.3. Contingut de la proposta de conveni

La proposta de conveni és un document en el qual s'indica com es pagaran els deutes del concursat. La proposta conté, doncs, una reestructuració del passiu del deutor, amb la qual es projecta modificar o extingir aquests deutes.[6]

En el règim concursal actual, a penes s'estableixen limitacions sobre els continguts possibles d'aquesta proposta: a tot estirar, en la suspensió de pagaments s'exigeixen majories diferents per a l'acceptació de la proposta, segons la durada de l'espera o si hi ha quitament; i en la fallida de societats es permet que el conveni tingui per objecte la continuació o el traspàs de l'empresa, possibilitat que s'estén per al conveni en suspensió de pagaments

(3) La formulació de l'anomenat «pla d'insolvència» es regula en els §§ 217-234 de la *Insolvenzordnung*.
(4) No es reconeix legitimació a l'administració del concurs, com en canvi fa el § 218.1 de la *Insolvenzordnung* alemanya.
(5) El Dret alemany ofereix major marge d'actuació al jutge, que pot considerar les possibilitats que el pla prosperi o es compleixi (§ 231 de la *Insolvenzordnung*), de tal manera que rebutjarà d'ofici el pla en el cas que estimi que no pot ser acceptat pels creditors o complert pel deutor.
(6) L'anàlisi de les regles reorganitzatives de societats insolvents contingudes en el capítol 11 del títol 11 del *United States Code* ha provocat una abundant literatura juridicoeconòmica, que ha desenvolupat diverses aproximacions en referència a aquest tema: les conegudes com *bargaining-based approach*, *auctions approach* i *options approach*.

amb insolvència definitiva. D'altra banda, l'ordenament societari permet que una societat fallida participi en una fusió o escissió, si el jutge ho autoritza. En la pràctica concursal –a més dels clàssics continguts remissoris (quan es proposa un quitament o reducció de l'import dels crèdits) i dilatoris (quan es proposa una espera o ajornament de la possibilitat d'exigir els crèdits)– també es donen els convenis amb contingut liquidador (quan el deutor cedeix la totalitat o part dels seus béns per al pagament o com a pagament dels seus deutes), o la capitalització de crèdits.

En principi, sembla lògic deixar a la voluntat de les parts (el deutor –primer– i els seus creditors –si s'escau–) la possibilitat de proposar el contingut del conveni que prefereixin. El que realment és important és que, quan la junta de creditors accepti la proposta, aquesta decisió respongui a l'efectiva voluntat (formada majoritàriament) dels creditors que estan disposats a patir sacrificis econòmics en la percepció dels seus crèdits. Amb això volem dir que, entre aquests creditors, s'han d'excloure de participar en la votació de la proposta aquells que no són aliens al concursat, i també s'ha d'eliminar la perversa pràctica del mercadeig de crèdits concursals, tan freqüent en la nostra realitat concursal.

Les parts del conveni han de tenir autonomia en la formulació i acceptació dels continguts del conveni, sempre que no s'hi disposi sobre drets de tercers. Aquesta amplitud de continguts és generalment reconeguda en el Dret comparat: així per exemple, en l'alemany,(7) português,(8) i francès.(9)

(7) El § 224 de la *Insolvenzordnung* alemanya es limita a exigir que en el contingut del pla s'indiqui en quina proporció es redueixen els crèdits, durant quant temps s'ajornen, com s'asseguren, o a quines altres circumstàncies queden sotmesos.

(8) El *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência* português estableix quatre tipus de providències de recuperació, d'acord amb el seu contingut. El concordat (*concordada*: article 66) consisteix en la simple reducció o modificació (entre la qual s'inclou la simple espera) de tots o de part dels crèdits. L'acord de creditors (*acordo de credores*: article 78) consisteix en constituir una o més societats per explotar alguns establiments de l'empresa deutora, quan els creditors, o alguns d'ells, assumeixin les activitats dels establiments esmentats. La reestructuració financera (*reestruturação financeira*: articles 87-88) enclou una sèrie de mesures amb les quals es modifica el passiu (incloent-hi la cessió de béns als creditors) de l'empresa o el seu capital, a fi d'assegurar que l'actiu superi el passiu i existeixi un fons de maniobra positiu. La gestió controlada (*gestão controlada*: article 97) es basa en un pla d'actuació global concertat pels creditors, l'execució del qual s'encomana a una nova administració, i del control de la qual s'encarrega una comissió designada per la junta de creditors.

(9) Els articles 81 i següents de la Llei francesa n. 85-98, de 25-I-1985, s'ocupen de regular la cessió de l'empresa, com a solució independent en el procediment concursal, juntament amb la continuació i la liquidació. Tant la continuació de l'explotació empresarial per part del deutor (concretada en un pla d'empresa *–plan d'entreprise–*, que pot imposar cessions parcials d'actiu: article 69.2 de la Llei de 1985), com la cessió a un tercer, es configuren com a mesures de sanejament o reestructuració (*redressement*), que representa la solució preferible.

Per això, i més enllà del ben intencionat propòsit de posar fi a pràctiques que poden semblar abusives (i certament ho són per als creditors minoritaris), no és justificat el criteri de l'Avantprojecte de Llei Concursal (article 99), perquè estableix determinades prohibicions en la proposta de conveni: quitaments que excedeixin de la meitat de l'import de cada crèdit ordinari, esperes que excedeixin els cinc anys, o cessions de béns o drets en pagament o per a pagament.

D'altra banda, l'Avantprojecte (article 99.4) exigeix que la proposta de conveni vagi acompanyada de dos documents: un pla de pagaments que indiqui els recursos per complir-los i el seu origen. A més, si es tracta d'un empresari insolvent, quan aquests recursos hagin de provenir de la continuació empresarial, s'ha d'adjuntar un pla de viabilitat, en el qual s'indiquin els recursos necessaris per assegurar aquesta viabilitat i com s'obtindran.[10] L'exigència d'aquest pla de viabilitat també sembla ben intencionada, però la seva efectivitat pot ser posada en dubte. Amb aquest pla es contribueix a dotar de serietat la proposta de pagaments que es formuli, i si el pla és raonable pot promoure el vot favorable dels creditors, però poca cosa més. En canvi, aquest requisit afegeix problemes pràctics: en primer lloc, el cost i el temps que comporta la seva formulació; en segon lloc, limitarà les possibilitats que els creditors presentin propostes de conveni.

9.4. Acceptació del conveni pels creditors

Presentada, admesa i examinada la proposta de conveni, és la generalitat dels creditors la que ha de decidir si l'accepta. També aquí s'han d'agilitar les vies per les quals consti aquesta acceptació.

9.4.1. Acceptació per adhesions de la proposta anticipada

Amb bon criteri, l'Avantprojecte de Llei Concursal estableix el sistema d'adhesions a la proposta anticipada de conveni que formuli el deutor.

(10) L'exigència i continguts d'aquest pla de viabilitat s'assemblen al resum patrimonial (*Vermögensübersicht*) i al pla financer i de resultats (*Ergebnis- und Finanzplan*) referit en el § 229 de la *Insolvenzordnung* alemanya.

En tot cas, es podria objectar que entre les formes en què es pot emetre l'adhesió (article 102.3 de l'Avantprojecte), no s'hagi previst el document informàtic, amb signatura electrònica avançada. Pel que fa al termini, els creditors es poden adherir a aquesta proposta anticipada fins que expiri el termini d'impugnació de l'inventari i de la llista de creditors. I si aquestes adhesions representen, almenys, la meitat del passiu ordinari del concurs, el jutge declararà l'aprovació del conveni.

9.4.2. Acceptació del conveni en junta de creditors: presentació de propostes, constitució, votació

Si no hi ha hagut cap proposta anticipada de conveni (perquè el deutor no es pot acollir a aquest benefici), o si aquesta proposta anticipada no ha prosperat, i sempre que el deutor no opti per la liquidació, també es pot proposar la solució concordatària als creditors, que ara estant constituïts en junta (el que l'Avantprojecte considera pròpiament fase de conveni). Aquesta és l'única ocasió en què s'ha de reunir aquest òrgan, ja que exigir la intervenció de la junta de creditors en altres fases del procediment (com actualment passa en la fallida) només serveix per alentir el desenvolupament del concurs. En aquest segon moment en què és possible la proposició de conveni, la proposta pot ser formulada tant pel deutor com pels seus creditors.

Per acte del jutge es convocarà la junta, una vegada expirat el termini d'impugnació de l'inventari i de la llista de creditors, o bé quan s'hagi resolt aquesta impugnació. En relació amb el termini que hi ha d'haver entre la convocatòria i la data de celebració de la junta, s'ha de procurar que, en funció de les circumstàncies, aquest termini es dilati el menor temps possible. Per això potser s'hauria de revisar el criteri de l'article 110.2 de l'Avantprojecte, que fixa el termini en dos o tres mesos (segons el moment de presentació de la proposta de conveni)[11], i també s'haurien de simplificar els moments i la legitimació per presentar propostes (article 112 de l'Avantprojecte). Les propostes de conveni –juntament amb el pla de pagaments, i el pla de viabilitat, per

(11) El § 235.1 de la *Insolvenzordnung* alemanya fixa en un mes el termini per discutir la proposta i el dret de vot dels creditors, i per votar la proposta; a més, el jutge pot assenyalar un termini separat de votació, que tampoc no pot excedir d'un mes (§ 241 de la *Insolvenzordnung*).

al cas que es tinguin recursos provinents de l'explotació empresarial– poden ser presentades una vegada convocada la junta, i ho han de ser amb una antelació raonable perquè l'administració judicial tingui temps per avaluar-les.

El quòrum de constitució de la junta, el dret (i el deure) d'assistència, el dret de vot i la majoria de creditors requerida per acceptar la proposta de conveni també són qüestions que s'han de regular de manera clara i simple (davant de la varietat de situacions que actualment es recullen d'acord amb el tipus de conveni concursal). En aquests punts s'adverteix, així mateix, la importància de la classificació dels creditors en ordinaris, privilegiats i subordinats.

En relació amb el quòrum de constitució, aquest s'ha de referir al passiu ordinari i, d'acord amb la fixació de la majoria de votació, aquest quòrum es podria fixar en la meitat d'aquest passiu ordinari (com fa l'Avantprojecte: article 115.4). Tenen dret a assistir a la junta els creditors reconeguts. A fi d'agilitar i facilitar la constitució de la junta, s'ha de permetre el dret de representació dels creditors, així com computar com a presents els creditors que hagin formulat la proposta o que s'hi hagin adherit. D'altra banda, s'ha d'imposar el deure d'assistència del concursat i de l'administració judicial.

Després de debatre's la proposta (de la qual cosa s'hauria de permetre la introducció de modificacions), es procedeix a la votació. Pel que fa a la majoria exigida, convindria simplificar-la en la majoria de passiu (i no exigir, doncs, la majoria numèrica), de manera que la proposta de conveni s'entengui acceptada pels creditors quan, almenys, la meitat del passiu ordinari vota a favor de la mateixa. En nom de facilitar l'acceptació de la proposta, és encertat el criteri de l'Avantprojecte (article 123.2), perquè afegeix una majoria simple per al cas que la proposta només contingui el pagament íntegre dels crèdits amb una espera inferior a tres anys o el pagament immediat amb un quitament inferior al vint per cent.

Com a premissa, s'ha d'establir quins creditors concursals tenen dret de vot. Com fa l'Avantprojecte (article 121), i ja que la decisió majoritària es refereix al passiu ordinari (la legitimitat del qual no resulti sospitosa, a fi d'evitar el conegut mercadeig de crèdits concursals), s'ha de negar el dret de

vot als creditors subordinats[12] i a aquells adquirits *inter vivos* després de la declaració concursal. D'altra banda, el titular d'un crèdit privilegiat també pot votar a favor de la proposta, i en aquest cas l'afecta el conveni aprovat pel jutge, i es computa el crèdit en la xifra de passiu sobre la qual es calcula la majoria necessària.

Finalment, pel que fa a la forma d'emissió del vot, i juntament amb la votació nominal, s'hauria de reconèixer la possibilitat del vot per adhesió (escrita o mitjançant document electrònic en el qual es garanteixi l'autenticitat de la declaració).

9.5. Impugnació del conveni

El conveni acceptat per la generalitat dels creditors desplega els seus efectes quan és aprovat pel jutge. Amb caràcter previ a aquesta aprovació judicial, hi ha la possibilitat d'impugnar el conveni, per a la qual cosa es restringeix la legitimació activa, el termini per a aquesta impugnació i les seves causes, i es preveu la tramitació incidental. A través de la impugnació del conveni acceptat per la junta (o del seu rebuig d'ofici per part del jutge) es persegueix garantir que el conveni ha estat acceptat respectant les exigències legals.

Certs creditors estan legitimats per impugnar el conveni: els que no hagin assistit a la junta (i no figurin com a presents), els que van votar en contra de la proposta, i els il·legítimament privats del dret de vot. També poden impugnar el conveni l'administració judicial i el concursat, si la proposta acceptada no va ser formulada per ell i no la consent.

El termini d'impugnació ha de ser breu (actualment és de vuit dies, i es considera que és un termini processal) i es computa des de la proclamació del resultat de la votació favorable a l'acceptació del conveni.

Les causes d'impugnació del conveni han de ser taxades: la infracció en aspectes essencials de les normes sobre tramitació de l'acceptació en junta (convocatòria, constitució, celebració, votació), sempre que no puguin ser

(12) Referent a això, *xifra* el divers tractament que ofereix el Dret alemany en punt al consentiment d'aquests crèdits subordinats, segons que es considerin extingits o no pel conveni: §§ 225, 246 de la *Insolvenzordnung*. D'altra banda, el § 237.2 de la *Insolvenzordnung* nega el dret de vot a aquells creditors que no resultin perjudicats pel conveni.

solucionades; o quan l'acceptació del conveni s'hagi obtingut de manera deslleial (especialment, afavorint algun o alguns creditors i afectant la *par condicio creditorum*). En aquests casos, el jutge –com a garant de la legalitat– ha de rebutjar d'ofici l'aprovació del conveni, encara que no hi intervingui cap impugnació. L'Avantprojecte (article 127.2) es refereix també a la inviabilitat objectiva de compliment del conveni, i en aquest cas exigeix que la impugnació sigui promoguda per l'administració judicial o pels creditors legitimats que representin, almenys, el 5% del passiu ordinari.[13]

9.6. Aprovació judicial: efectes del conveni

Si el conveni acceptat per la junta de creditors no és rebutjat d'ofici pel jutge, o no és impugnat, o la impugnació no prospera, el jutge aprovarà el conveni. Des d'aquesta aprovació judicial el conveni és eficaç.

Els efectes del conveni aprovat han de ser aclarits, especialment per posar fi a nombroses polèmiques provocades per l'actual silenci normatiu.

En particular, s'ha d'establir quins efectes produeix l'aprovació judicial del conveni sobre els crèdits concursals, sobre el concursat i sobre els seus fiadors o deutors solidaris. A més, s'han de determinar les conseqüències del compliment o de l'incompliment del conveni.

9.6.1. Efectes sobre els crèdits concursals

Pel que fa als efectes sobre els crèdits concursals, el conveni aprovat vincula el concursat i els creditors concursals (és a dir, els titulars de crèdits anteriors a la declaració del concurs), excepte els privilegiats que no hagin votat a favor d'aquest conveni o que no s'hi hagin adherit posteriorment. Per a aquesta vinculació dels creditors és indiferent que els crèdits hagin estat reconeguts o no en el procediment.

(13) Recordi's que, en Dret alemany, l'evident impossibilitat de compliment dels compromisos formulats pel deutor és causa de rebuig d'ofici de la proposta de conveni (§ 231.1.3 de la *Insolvenzordnung*). D'altra banda, el § 252.2 exigeix al creditor impugnant del conveni que acrediti que a través del conveni obté pitjor situació de la que tindria sense el mateix conveni.

En relació amb els crèdits afectats pel conveni, aquest implica una modificació de la seva quantia (si s'ha pactat un quitament) en el moment en què es pot exigir (si es pacta una espera), o en la posició del seu titular (per exemple, si es capitalitzen els crèdits). Naturalment, aquests efectes es mantenen en la mesura que el deutor compleixi el conveni, ja que, si l'incompleix, qualsevol creditor pot denunciar l'incompliment davant del jutge del concurs i, si el jutge declara aquest incompliment, s'enerven els efectes del conveni sobre els crèdits.

9.6.2. Efectes sobre el deutor

D'altra banda, l'aprovació del conveni comporta que desapareguin les mesures d'intervenció o de substitució sobre el deutor, amb la qual cosa l'administració judicial cessarà en les seves funcions.

No obstant això, en el conveni es poden pactar determinades limitacions a la lliure actuació patrimonial del deutor, a les quals s'ha de donar publicitat en els registres públics que constin inscrits béns o drets del deutor i en el registre personal corresponent (civil, mercantil, de cooperatives, associacions, fundacions, etc.).

9.6.3. Efectes sobre coobligats solidaris i fiadors del deutor

També s'ha de resoldre la discutida qüestió de l'abast del conveni sobre els coobligats solidaris i els fiadors del deutor. Sobre aquest punt, sembla raonable acollir el criteri sostingut en el Dret portuguès, en el sentit que la solució concordatària no afecta l'existència ni l'import dels crèdits dels creditors contra els coobligats o fiadors del deutor, tret que el creditor en qüestió hagi votat a favor del conveni, i en aquest cas en la mesura que hagi quedat modificat el seu crèdit respectiu.[14]

(14) Article 63 del *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência* portuguès. Aquesta solució sembla menys rotunda que la del § 254.2 de la *Insolvenzordnung* alemanya, que declara que els drets dels creditors concursals contra els coobligats i fiadors del deutor no queden alterats pel conveni, i afegeix que, no obstant això, a resultes del conveni el deutor s'allibera davant els seus coobligats, fiadors, o qualssevol altres subjectes autoritzats a repetir contra ell, en la mateixa mesura que queda alliberat davant els creditors concursals.

9.7. Compliment i incompliment del conveni

Finalment, si el deutor compleix el conveni i així ho acredita davant del jutge, aquest últim declararà el compliment, si així ho estima, i li donarà la publicitat corresponent, i ordenarà, si s'escau, la cancel·lació de les inscripcions registrals practicades i relatives a les limitacions de les facultats patrimonials del deutor. Una vegada declarat judicialment el compliment del conveni, s'acaba el concurs.

En canvi, si el deutor incompleix el conveni, qualsevol creditor afectat per aquest incompliment pot denunciar el conveni davant del jutge. El procediment per fer-ho hauria de ser senzill, i tramitar-se per via d'incidents davant del mateix jutge del concurs.

No obstant això, convindria no ser excessivament severs en la consideració de l'incompliment del conveni, sinó que, sembla raonable acollir el criteri sostingut en el sistema alemany, segons el qual els efectes del conveni (en concret, els quitaments i esperes) desapareixen quan el deutor es retarda de manera considerable en el compliment del conveni; s'entén que hi ha retard considerable quan el deutor no ha pagat una obligació vençuda, a pesar que el creditor l'ha advertit per escrit i li ha concedit una moratòria mínima de dues setmanes.[15]

En el cas que el jutge declari l'incompliment del conveni, cessen els seus efectes i el jutge ordenarà la liquidació del patrimoni del deutor.

(15) § 255.1 de la *Insolvenzordnung* alemanya.

X. Liquidació de l'actiu i pagament dels crèdits. Terminació del concurs

10.1. Liquidació de la massa activa

10.1.1. El caràcter residual de la liquidació

Tradicionalment, el procediment de concurs de creditors i el procediment de fallida estaven ordenats a la liquidació del patrimoni del deutor insolvent, per satisfer els crèdits concursals amb el resultat de la liquidació. Aquests procediments es concebien com a procediments d'execució universal o col·lectiva (per contraposició a l'execució singular), però, en tot cas, execució. No obstant això, la pràctica ha revelat que la liquidació de patrimonis sovint és ruïnosa. Per això, aquesta finalitat originària dels procediments concursals es va veure complementada amb la solució concordatària que permetia a través de l'acord entre el deutor i els seus creditors pactar una forma alternativa per al pagament dels crèdits. En molts casos, aquest conveni servia per permetre la continuïtat de l'empresa. Però tampoc falten ocasions en què s'ha abusat del conveni utilitzant-lo com a instrument per a la liquidació al marge de les regles previstes per a l'execució judicial.

Amb vista a una reforma concursal, la llei hauria de distingir clarament la finalitat del conveni de la que és pròpia de la liquidació i impedir que a través del conveni es pugui pactar una execució extrajudicial. D'aquesta manera, i com ja s'ha exposat al capítol anterior, el contingut del conveni només pot ser de continuïtat, per la qual cosa, si es vol optar per la liquidació, aquesta s'ha de sol·licitar directament i practicar sota el control judicial.

Per això, el primer supòsit en què és possible la liquidació és quan és directament pretesa i sol·licitada pel deutor. A més d'això, també hi ha supòsits de trànsit entre la solució del conveni i la liquidació: així, quan no es formula proposta de conveni, quan la proposta no és admesa o no és acceptada per la majoria suficient de creditors, o quan havent estat acceptada no s'aprova judicialment o quan el conveni aprovat no és complert pel deutor.

En resum, la liquidació serà la solució concursal en tres supòsits: quan és directament sol·licitada pel deutor; quan el conveni no arriba a ser aprovat (perquè no supera tots els tràmits que condueixen a l'aprovació), i quan el conveni aprovat no es compleix. Per aquest motiu, la liquidació es pot qualificar com una solució residual pel que fa al conveni.

10.1.2. La fase de liquidació

Sembla lògic que, una vegada obert el procediment liquidador concursal, el deutor ha de ser substituït en l'administració i disposició dels seus béns (si és que aquesta mesura no s'ha adoptat encara), en un paral·lelisme evident amb l'embargament en una execució singular. A més, en el cas de les persones jurídiques l'obertura de la fase de liquidació hauria de comportar-ne la dissolució.[1]

Amb la liquidació, les facultats d'administrar i disposar la massa activa del concursat corresponen a l'administració judicial. L'administració judicial no s'ha de limitar a les funcions pròpies del dipòsit i de l'administració de béns, sinó que, a més, ha de proposar un pla de liquidació, en el qual s'ha de compaginar la flexibilitat amb la seguretat jurídica. En principi, no s'ha de negar qualsevol mitjà que possibiliti l'obtenció d'un preu d'alienació superior i, d'altra banda, s'han de determinar les precaucions necessàries per evitar fraus en perjudici dels creditors. Així, es podrien admetre solucions com la venda directa o l'alienació a través de persona física o jurídica especialitzada i, per descomptat, la subhasta judicial. Aquest pla de liquidació ha

(1) En aquest sentit ha d'acabar-se amb l'equívoc tractament que d'aquesta qüestió es fa en la legislació actual, especialment en el cas de la societat anònima (article 260.2 de la Llei de Societats Anònimes) i de la societat de responsabilitat limitada (article 104.2 de la Llei de Societats de Responsabilitat Limitada).

de ser aprovat pel jutge, després d'haver donat vista a les parts interessades (deutor i creditors). En tot cas, l'aprovació judicial del pla ha de vetllar perquè el preu que s'obtingui per l'alienació sigui superior al valor taxat dels béns.

En síntesi, la solució adoptada per l'Avantprojecte sobre aquest punt ens sembla raonable, excepte l'exigència que l'alienació del conjunt empresarial o d'unitats productives es faci necessàriament a través de subhasta (article 148.1a). També en aquests casos pot ser més beneficiós per a tots la venda directa, amb les garanties apuntades.

No cal dir que, quan es porta a terme la liquidació, l'administració judicial ha d'actuar en interès dels creditors. Per això s'ha de mantenir la tradicional prohibició que adquireixin els béns alienats de la massa activa del concursat.(2) En termes generals, hi ha una contradicció entre l'interès dels creditors i l'interès particular dels administradors judicials d'adquirir algun bé de la massa.

D'altra banda, la realització de les operacions liquidadores ha de ser àgil i no s'ha de demorar més enllà del que sigui estrictament necessari. Per això, el pla de liquidació aprovat ha de contenir una previsió temporal, i l'administració judicial s'ha de comprometre a portar a terme aquesta liquidació dins del termini assenyalat. L'incompliment d'aquest compromís s'ha de sancionar amb la separació dels administradors judicials i la pèrdua del seu dret a la retribució. A falta d'un termini concret especificat en el pla, s'hauria d'aplicar un termini legal.

Sobre aquest particular, l'Avantprojecte assenyala el termini d'un any (article 152.1), encara que no preveu que es pugui fixar un altre judicialment en l'aprovació del pla de liquidació. Aquesta possibilitat s'hauria d'admetre perquè atendria les circumstàncies concretes del patrimoni que ha de ser liquidat, i que pot justificar –per la seva major o menor complexitat– una ampliació o disminució del termini legal.(3)

(2) Ja continguda en l'article 1089 del Codi de Comerç de 1829.
(3) Per altra banda, l'article 152 de l'Avantprojecte contempla també la separació dels administradors judicials, quan es retardin injustificadament en la realització de la liquidació. Amb bon criteri, el text projectat fa seu el disposat per l'article 111 de la Llei de Societats de Responsabilitat Limitada, en relació amb la separació dels liquidadors societaris.

10.2. Pagament dels crèdits

La classificació dels crèdits (en concursals i contra la massa i, dins dels primers, en privilegiats, ordinaris i subordinats) respon a la finalitat principal d'ordenar-ne el pagament.[4]

10.2.1. Prededucció dels crèdits contra la massa

Els crèdits contra la massa gaudeixen de l'anomenat benefici de prededuïbilitat. És a dir, cobren abans que els crèdits concursals. Això es justifica perquè són crèdits postconcursals i, en conseqüència, no han de veure's afectats pel concurs; sinó que, s'han de satisfer a mesura que siguin exigibles. El seu pagament es farà amb el producte de la liquidació dels béns de la massa, tret d'aquells que estiguin afectats per algun crèdit amb privilegi especial, mentre aquest crèdit privilegiat no sigui satisfet.

No obstant això, s'ha d'evitar que la seva reclamació pugui pertorbar les operacions concursals. Per això, és encertat el criteri de l'Avantprojecte, en suspendre l'execució judicial d'aquests crèdits mentre no s'aprovi el conveni, s'obri la fase de liquidació o després d'haver passat un any des de la declaració concursal sense que es faci cap d'aquests dos actes (article 153.2).

10.2.2. Pagament dels crèdits concursals

En el pagament pròpiament concursal, en primer lloc se satisfan els crèdits privilegiats. Es distingeix entre els que tenen un privilegi especial (sobre un bé concret i determinat) i els que tenen privilegi general (sobre tots els béns dels concursat). Els primers tenen preferència per cobrar només pel que fa als diners obtinguts en l'alienació dels béns afectats pel seu privilegi, mentre que els segons amplien la seva preferència de cobrament al resultat de la liquidació.

(4) Al costat d'això, i pel que fa als crèdits concursals (els únics afectats pel conveni), la classificació en privilegiats, ordinaris i subordinats comporta notables conseqüències en l'acceptació del conveni i en l'àmbit dels crèdits als quals aquest conveni afecta.

En els crèdits amb privilegi general només tenen absoluta preferència en el cobrament els crèdits salarials de l'article 32.1 de l'Estatut dels Treballadors, tradicionalment denominats «crèdits singularíssimament privilegiats».[5] Aquesta preferència ho és fins i tot per sobre dels crèdits amb privilegi especial (per exemple, els garantits amb hipoteca, penyora, etc.).

Per descomptat, la resta dels crèdits amb privilegi general es pagaran una vegada deduïts els imports dels crèdits contra la massa, i amb el producte de la liquidació dels béns que no estiguin afectes a crèdits amb privilegi especial o al romanent que resulti dels béns afectes després de satisfer aquests crèdits especialment privilegiats. Aquests crèdits amb privilegi general haurien de cobrar tots a prorrata. En aquest sentit, discrepem de l'ordre de gradació en el pagament previst en l'Avantprojecte (article 155, amb la remissió a l'article 90). Més aviat considerem que, excepte la preferència dels crèdits salarials singularíssimament privilegiats, els restants crèdits amb privilegi general mereixen concórrer en igualtat de condicions entre ells.

Després d'haver estat satisfets els crèdits contra la massa i els crèdits privilegiats, es pagaran els crèdits ordinaris, si encara hi ha un sobrant de la liquidació. Aquests crèdits ordinaris es pagaran a prorrata.

Finalment, i com sempre, si encara queda actiu per repartir una vegada satisfets tots els crèdits anteriors, cobraran els crèdits subordinats. A ells, també se'ls pagarà a prorrata.

10.2.3. Efectes del pagament. Crèdits no satisfets

Una vegada liquidat l'actiu i pagats els crèdits fins on s'arribi amb el que s'ha obtingut de la realització dels béns del deutor, s'acaba el concurs. Si el concurs és qualificat de fortuït, el deutor quedarà exonerat dels deutes que no hagin estat satisfets.[6] En canvi, en els casos en què el concurs sigui qualificat de culpable o de fraudulent, i quedin deutes pendents de satisfacció, es manté la responsabilitat del deutor.

(5) Els crèdits salarials pels últims trenta dies de treball i en quantia que no superi el doble del salari mínim interprofessional.
(6) Un extens tractament de l'exoneració del deute residual, per al cas que el deutor sigui persona física, es conté en els §§ 286-303 de la *Insolvenzordnung* alemanya.

10.3. Terminació del concurs

La forma normal de conclusió del concurs hauria de ser o el compliment del conveni aprovat o, si s'escau, el pagament dels creditors subsegüent a la liquidació de l'actiu. Una vegada concloses les operacions de liquidació i de pagament, els administradors judicials hauran de donar comptes de la seva gestió, que hauran de ser aprovats judicialment, prèvia audiència de les parts (el deutor i els creditors compareguts).

La falta d'actiu realitzable no comporta, per si mateixa, una forma especial de terminació del concurs, sinó una situació que es pot presentar quan es realitzen les operacions de liquidació, si és aquesta la solució adoptada en el concurs. Pot ser que en la massa activa hi hagi més o menys béns, i fins i tot que no n'hi hagi. En tot cas, sempre caldrà inventariar els béns (encara que sigui per adverar que no n'hi ha), donar temps perquè es pugui suscitar l'exercici d'alguna acció de reintegració, i també s'hauran de graduar els crèdits. I, a més, la qualificació del concurs ha de seguir la seva tramitació. La mateixa raó que justifica la terminació del concurs quan l'actiu només permet satisfer alguns crèdits és la que en justifica la conclusió quan no hi ha béns per pagar cap crèdit.

Una vegada declarat el concurs, no és possible el desistiment per part del deutor, pel que fa a l'interès públic que es dóna cita en aquest procediment. Això està en concordança amb el deure del deutor de presentar-se en concurs quan es troba en situació d'insolvència. Tampoc és possible el desistiment del creditor instant, perquè la declaració concursal transcendeix el seu interès particular per abastar el de la resta dels creditors. Ni tan sols seria possible el desistiment de tots els creditors reconeguts, ja que el deutor podria estar interessat en la continuació del concurs. L'única situació imaginable és que, una vegada reconeguts els crèdits, tots els creditors acordessin una transacció amb el deutor, amb la qual es posés fi al concurs.

XI. La qualificació del concurs

11.1. Finalitat de la qualificació

Quan s'aborda el tema de la finalitat de la qualificació en el concurs, s'han de solucionar tres qüestions.

• Primera: si és procedent una qualificació en l'àmbit civil, diferent de les conseqüències penals que puguin derivar de la situació d'insolvència.

• Segona: si s'admet la conveniència de la qualificació civil, s'ha de determinar per què ha de servir; en altres paraules, quines conseqüències deriven de la qualificació.

• Tercera: com a desenvolupament dels punts anteriors, de quines maneres s'ha de qualificar la insolvència; o el que és el mateix, en quantes classes (bàsicament, dues: fortuïta o culpable; o, com en el règim actual, tres: fortuïta, culpable o fraudulenta).

a) Té sentit mantenir la dualitat de qualificacions –civil i penal– de la insolvència. Al marge de les conseqüències penals que el legislador considera per a determinades conductes relacionades amb la insolvència d'un deutor, la protecció de la seguretat del tràfic econòmic exigeix també que, davant d'una situació de concurs, s'evitin de manera eficaç conductes fraudulentes i es concedeixin beneficis als que esdevenen insolvents de manera fortuïta. Amb aquestes dues mesures en l'àmbit civil s'estimula l'actuació honesta en l'activitat econòmica.

El retret penal ha de quedar reservat per preservar l'ordre públic general davant de conductes extremament greus, i les conseqüències són les pròpies de la imposició de la corresponent sanció penal. Amb la qualificació civil, en canvi, es persegueix mantenir la seguretat del tràfic econòmic.

b) En aquest estat de coses, i davant del sistema vigent, en què la simple declaració de fallida comporta la inhabilitació del fallit i els requisits perquè s'obtingui la rehabilitació són molt difícils de complir, en el futur sistema s'hauria d'esperar que es conclogués l'incident de qualificació per acordar els efectes corresponents. Aquests efectes no haurien de quedar reduïts a la inhabilitació del concursat culpable, però tampoc haurien d'implicar conseqüències penals. La solució més d'acord amb la seguretat del tràfic econòmic seria sancionar amb la inhabilitació únicament el concursat fraudulent. D'altra banda, s'hauria de concedir al concursat fortuït el benefici de quedar exonerat dels deutes insatisfets amb la liquidació que es pugui realitzar en el procediment concursal.

c) Una qualificació dual, que no admeti més distinció que concurs fortuït i concurs culpable, com fa l'Avantprojecte (article 162.2), pot ser simplista. No totes les conductes incorrectes mereixen el mateix retret, sinó que hi ha graus. Tradicionalment s'ha distingit entre el concurs fortuït i aquelles insolvències acompanyades de conductes negligents o d'unes altres amb un clar propòsit defraudador dels interessos dels creditors.

Certament és possible i s'ha de distingir entre la negligència (no observança de les normes o estàndards de conducta exigibles a cada subjecte) i el dol (com a propòsit de causar mal, que en el cas de la insolvència és el perjudici provocat als creditors).

Si el deutor ha estat honest, per haver actuat de manera diligent en el tràfic econòmic (complint, si és comerciant amb les exigències de tenidoria de la comptabilitat o, si és una societat, amb els deures imposats als seus administradors i, en tot cas, com a deutor insolvent, presentant-se oportunament a concurs), però ha tingut mala sort, no ha de ser inhabilitat (és a dir, apartat del comerç). Al mateix temps, la correcció de la seva conducta el pot fer mereixedor del benefici, una vegada liquidat el seu patrimoni en pagament dels creditors, de veure's alliberat dels deutes que aquest patrimoni no arribi a satisfer.

La negligència, perquè la conducta del deutor no s'ha ajustat al que és exigible a qui actua en el tràfic econòmic, no ha d'implicar la inhabilitació del concursat. Per tant, el concursat culpable podria continuar exercint el comerç, però la seva negligència impedeix que es pugui acollir al benefici de la remissió dels deutes insatisfets amb la liquidació concursal. Així doncs, la negligència no se sanciona greument amb la impossibilitat d'exercir el comerç, però tampoc es premia amb la remissió de deutes pendents.

Finalment, la conducta dolosa o fraudulenta no mereix contemplacions. A qui l'ha comès se l'ha de sancionar amb la prohibició d'exercir el comerç.

En l'àmbit civil, tradicionalment al fallit o concursat no rehabilitats se'ls ha prohibit l'exercici de càrrecs tutelars, quan la tutela comporta l'administració patrimonial. En el futur, aquesta inhabilitació té sentit no tan sols en el cas del concursat declarat fraudulent, sinó també del culpable, ja que qui no ha complert els deures exigits en el tràfic econòmic no ofereix garanties suficients per vetllar pels interessos patrimonials d'un menor o incapaç subjecte a tutela.

Així doncs, la qualificació del concurs no hauria d'afectar la possibilitat de proposar un conveni, ja que fins i tot pot ser una solució més favorable per als creditors, als quals en aquest sentit no ha de perjudicar la conducta fraudulenta o culpable del concursat.

Tampoc sembla justificat sancionar, com es fa en l'Avantprojecte (article 171.3), els administradors de la persona jurídica concursada (el concurs de la qual es qualifiqui de culpable) amb l'obligació de pagar l'import dels crèdits no satisfets amb la liquidació concursal. No s'acaba d'entendre per què la conducta culpable o fraudulenta pot servir per ampliar subsidiàriament la responsabilitat de la societat als seus administradors. A la pràctica, una mesura com la pretesa dissuadiria els creditors d'acceptar la proposta de conveni, a fi de provocar la liquidació i, amb ella, la responsabilitat dels administradors si el concurs es qualifica de culpable.

11.2. Conductes que han de ser considerades per qualificar el concurs

La consideració del concurs com a fortuït no requereix una tipificació de conductes. S'entén que el concurs és fortuït quan en la conducta del concursat no s'aprecia negligència o propòsit de perjudicar els creditors. Així, i per exclusió, és fortuït el concurs que no mereixi la qualificació de culpable o de fraudulent. Això imposa la necessitat de tipificar les conductes que han de dur a la qualificació de concurs culpable o de concurs fraudulent.

La qualificació de culpabilitat deriva, o bé de la negligència del deutor prèvia a la declaració del concurs, o bé de la falta de col·laboració amb el jutge i l'administració judicial durant el procés concursal. Determinades conductes impliquen falta de diligència en l'actuació del concursat: no haver complert el deure de presentar-se oportunament a concurs, haver incorregut en despeses excessives o desproporcionades o –en el cas del deutor empresari–, haver comès irregularitats en la tenidoria de comptabilitat (que no impedeixin informar suficientment sobre la situació patrimonial i financera de l'empresa), així com l'incompliment del deure de dipositar els comptes anuals.

La qualificació de fraudulència ha de quedar reservada a aquelles conductes anteriors a la declaració concursal que impliquen, per si mateixes, l'ànim de perjudicar els creditors, i per als actes posteriors a la declaració de concurs pels quals s'eludeixi la intervenció judicial. Entre les primeres conductes que donarien lloc a una presumpció legal d'intenció de perjudicar els creditors hi hauria: l'alçament o la distracció de béns; les operacions d'ocultació d'actiu o de dissimulació de passiu; i, en el cas d'empresari concursat, la falta de tenidoria de comptabilitat o quan el seu estat impedeixi conèixer la situació real de l'empresa. Així mateix, s'haurien d'incloure les falsedats documentals, encara que no intervingui sentència penal condemnatòria, sempre que en l'incident de qualificació s'acrediti que el deutor ha utilitzat documents falsos per a la sol·licitud de concurs o per a actuacions posteriors en el desenvolupament del procés (per exemple, adhesions falses a la proposta de conveni).

11.3. Subjectes als quals abasta la qualificació del concurs

Una tercera qüestió que planteja la qualificació és la relativa als subjectes als quals es refereix la qualificació concursal. En la qualificació s'enjudicien les conductes que han provocat la insolvència i, per descomptat, els que les fan. En el cas del deutor no comerciant i de l'empresari individual no hi ha majors problemes, ja que s'enjudicia la seva conducta i sobre ells recauran directament les conseqüències de la qualificació. En canvi, si es tracta de persones jurídiques, les conductes s'atribueixen als que tenen reconeguda, o exerceixen de fet, la seva administració i representació.

Les conseqüències que deriven de la qualificació concursal per a aquests administradors o representants de persones jurídiques tenen rellevància en el cas del concurs fraudulent, ja que aquells quedaran inhabilitats per a l'exercici del comerç i per formar part d'òrgans d'administració de societats mercantils.

D'altra banda, la qualificació també afectarà tercers creditors que, amb dol o negligència, hagin contribuït en les conductes qualificades de culpables o de fraudulentes. Les conseqüències que podrien derivar d'aquesta declaració de complicitat serien que, si el concurs és culpable, el crèdit dels còmplices fos qualificat de crèdit subordinat, i si el concurs és fraudulent, aquests còmplices perdrien qualsevol dret a cobrar amb càrrec a la massa.

11.4. La tramitació de la qualificació

Finalment, és molt important dotar la qualificació d'un procediment àgil i amb garanties.

Ha de ser un incident a part, és a dir, amb tramitació paral·lela i no de previ pronunciament. En serien part el ministeri fiscal, l'administració judicial i tots els subjectes les conductes dels quals s'enjudicien. Encara que ja ha quedat dit que val la pena distingir entre qualificació penal i qualificació civil (concursal), la intervenció del ministeri fiscal en el concurs es justifica perquè les conseqüències de la qualificació excedeixen la mera satisfacció

d'un interès particular. Aquesta qualificació pot afectar la situació jurídica d'un subjecte, ja que pot conduir a una limitació de la capacitat d'obrar.

L'incident de qualificació ha de ser un tràmit contradictori, en el qual es doni l'oportunitat de defensar-se als subjectes afectats (concursat, els seus administradors i suposats còmplices) i d'escoltar qualsevol creditor que hi estigui interessat.

Aquest incident s'hauria d'obrir en tot cas, una vegada declarat el concurs: tant si és voluntari, necessari o s'ha obert d'ofici; i amb independència de la solució concursal (conveni o liquidació) per la qual s'opti.

A fi de poder considerar totes les conductes rellevants per a la qualificació, l'incident hauria de començar una vegada aprovat el conveni o iniciada la fase de liquidació. L'incident començaria amb un informe (a manera de sol·licitud de qualificació) de l'administració judicial. Aquest informe es traslladaria al ministeri fiscal, perquè dictaminés. Si l'administració judicial i el ministeri fiscal coincidissin a qualificar el concurs de fortuït, conclouria l'incident amb aquesta qualificació. Si no fos així, el jutge traslladaria l'informe i el dictamen al concursat i als suposats còmplices, perquè poguessin contestar en un termini breu. Els creditors podrien coadjuvar a la sol·licitud de qualificació o a la seva oposició a la mateixa i per facilitar-ho, les actuacions quedarien a la vista una vegada presentat el dictamen del ministeri fiscal. A continuació, les parts comparegudes serien convocades a una vista, en la qual es practicaria la prova proposada i declarada pertinent (d'acord amb el que és objecte d'enjudiciament), i cadascuna de les parts formularia les seves conclusions. L'incident conclouria amb sentència del jutge.

Tercera part

CONCLUSIÓ

XII. Síntesi de les propostes formulades

Com a resum de l'anàlisi duta a terme, podem deduir les següents conclusions sobre com es podria fer la reforma concursal. Algunes d'aquestes tesis coincideixen amb els criteris seguits per l'Avantprojecte de Llei Concursal. Però aquestes conclusions no són una síntesi de l'Avantprojecte, sinó de les idees que sobre la reforma concursal hem ofert en exposar-ne les claus.

Primera. La reforma ha d'estar presidida pels principis d'unitat legal, unitat de disciplina i unitat de procediment. Un sol text normatiu ha de disciplinar els aspectes substantius i procedimentals del concurs, amb independència que el deutor insolvent sigui comerciant o no ho sigui, i de la solució que es vulgui donar al concurs (el conveni o la liquidació). Això s'ha d'entendre sense perjudici que s'estableixi una simplificació en alguns dels tràmits, quan el deutor sigui un consumidor o es tracti d'una empresa de dimensions reduïdes.

Segona. La complexitat de les qüestions que es ventilen al concurs aconsella que la competència judicial s'atribueixi a jutjats especialitzats (jutjats mercantils amb seu a cada capital de província). El criteri per atribuir la competència jurisdiccional territorial ha d'estar marcat pel domicili del deutor o pel centre dels seus interessos principals.

Tercera. El pressupòsit objectiu del concurs ha de ser la insolvència, entesa com la situació d'impagament generalitzat dels deutes.

Quarta. El concurs ha de ser sol·licitat pel mateix deutor quan es trobi en la situació d'insolvència (concurs voluntari); també pot ser-ho per qualsevol dels seus creditors legítims (concurs necessari). Excepcionalment, hi hauria la possibilitat d'una declaració d'ofici, quan hi hagués una acumulació d'execucions i s'advertís la insuficiència dels béns per pagar les reclamacions. Igualment el ministeri fiscal podria sol·licitar el concurs, amb motiu de procediments penals per delictes econòmics en els quals es constati la insolvència del deutor.

Cinquena. En cas de concurs necessari, la declaració requerirà la prèvia audiència del deutor. No obstant això, i com a mesura cautelar, quan s'admet a tràmit la sol·licitud es podria acordar la intervenció judicial.

Sisena. La declaració de concurs ha de ser susceptible de revisió, a instància de qualsevol dels interessats, i això sense perjudici que el procediment segueixi el seu curs.

Setena. Perquè el concurs pugui complir el seu objectiu (salvaguardar la *par condicio creditorum* i la integritat del patrimoni del deutor), amb la declaració concursal se suspendrà la tramitació de totes les execucions (en l'ordre civil i social) i constrenyiments administratius pendents contra el patrimoni del concursat; i tant les unes com els altres s'han d'acumular al concurs. Com a excepció, no s'acumularan les execucions de garanties reals (hipoteques, penyores, etc.), encara que se suspenguin provisionalment les ja iniciades o la possibilitat d'instar-les fins que s'hagi aprovat el conveni o s'hagi decidit la liquidació o hagi transcorregut un any des de la declaració concursal. La declaració concursal no afecta els judicis declaratius pendents o que es puguin iniciar amb posterioritat, ni alterarà la competència judicial per conèixer-los.

Vuitena. Mentre no s'opti per la liquidació, la declaració de concurs donarà lloc a una simple intervenció en les facultats d'administració i de disposició patrimonials del concursat. En el cas de liquidació, procedirà l'administració judicial, de manera que el deutor quedarà substituït en l'administració i disposició dels seus béns. Tot això sense perjudici que, en un cas o en l'altre, el jutge pugui alterar les mesures adoptades en aquest punt.

Novena. La declaració de concurs no comporta necessàriament la interdicció legal del deutor. Només una vegada feta la qualificació, es podrà sancionar el concursat, la conducta del qual hagi estat qualificada de fraudulenta.

Desena. Un cop declarat el concurs, no és possible la compensació dels crèdits i deutes recíprocs entre el deutor i un tercer, tret d'aquells contractes *ex eadem causa* (com el de compte corrent, pel pacte de compensació automàtica que inclou) i els contractes referits a instruments financers derivats amb pacte de compensació.

Onzena. Com a regla general, la declaració concursal no ha de ser causa d'extinció dels contractes bilaterals pendents de compliment. En interès de la massa, i davant la possibilitat de continuació empresarial, s'hauria de deixar a l'administració judicial la facultat d'optar pel compliment o la resolució.

Dotzena. Per a la reintegració a la massa dels béns i drets del concursat distrets en un període pròxim a la declaració de concurs, s'han d'instrumentar accions impugnatòries de naturalesa rescissòria i fundades en el perjudici per a la massa. Per facilitar aquestes accions, es pot preveure un sistema de presumpcions de perjudici per a aquells actes o negocis que, per la seva naturalesa i/o moment en què s'han fet, evidenciïn el citat perjudici. S'ha d'abandonar, doncs, l'actual sistema de la retroacció absoluta previst per a la fallida.

Tretzena. En la formació de la massa passiva (crèdits concursals) s'ha d'articular un procediment àgil i senzill: la comunicació dels crèdits per part dels creditors en un període no excessivament dilatat (un mes, per exemple), l'elaboració d'un estat general de crèdits i la seva classificació per l'administració judicial, la possibilitat d'impugnar aquesta relació per part dels creditors i del mateix deutor, abans que el jutge l'aprovi definitivament.

Catorzena. Els crèdits concursals es poden classificar en: ordinaris i, per contrast amb aquests en sentit invers, en privilegiats i en subordinats. El principi de la *par condicio creditorum* exigeix que es redueixi i simplifiqui radicalment l'actual sistema de privilegis, i que es reconegui aquest caràcter

només a aquells que mereixen aquesta protecció pels interessos que hi concorren (crèdits salarials, crèdits tributaris i de la Seguretat Social, crèdits amb garantia real, crèdits refaccionaris). En cas de liquidació, els crèdits privilegiats són els primers que cobren; i si la solució concursal és el conveni, només els afectarà si s'hi adhereixen o hi voten a favor. Convé introduir la categoria de crèdits subordinats, per a aquells que per la seva naturalesa (accessòria o sancionadora), així com per les vinculacions del seu titular amb el deutor, mereixin ser postergats en relació amb els crèdits ordinaris.

Quinzena. El conveni s'ha de configurar com a solució preferent a la liquidació. S'ha de concedir llibertat a les parts (el deutor i els creditors) perquè estableixin el contingut del conveni que considerin convenient, sempre que sigui un conveni de continuïtat (empresarial). El deutor honest pot presentar una proposta de conveni quan sol·licita el concurs, i aquesta proposta anticipada es podrà tramitar i acceptar a través del sistema d'adhesions, i evitar la convocatòria de junta. Però, tant el deutor com els creditors, també poden proposar un conveni amb posterioritat, perquè sigui discutit i, si s'escau, acceptat en junta de creditors. Superada l'eventual fase d'impugnació, el jutge aprovarà el conveni, si s'ajusta a la legalitat: no es tracta d'una simple homologació del conveni, sinó d'una autèntica aprovació judicial. Si el conveni s'incompleix, la denúncia s'ha de tramitar de forma àgil per un incident dins del concurs i, en cas que s'estimi, donarà lloc a l'obertura de la liquidació.

Setzena. Quan no s'arribi a un conveni, o bé s'incompleixi, o directament s'opti per la liquidació, aquesta última es realitzarà sobre tots els béns del concursat susceptibles d'embargament i d'execució concursal, per pagar els crèdits amb el resultat de la liquidació. Les formes de realització dels béns han de ser flexibles i s'han d'encaminar a l'obtenció del valor màxim. Per a això, es pot optar per la cessió global de l'empresa o per la realització d'unitats productives, lots o béns concrets mitjançant adjudicació directa, o pels mitjans actualment recollits en la Llei d'Enjudiciament Civil per a l'execució, atenent al criteri de la major rendibilitat.

Dissetena. A més dels crèdits concursals, n'hi ha d'altres denominats crèdits contra la massa, que són generats amb posterioritat a la declaració de

concurs i que, per aquest motiu, no es veuen afectats per les regles del pagament concursal. Per aquesta raó, els crèdits contra la massa s'han de pagar a mesura que siguin exigibles, i prededuir-los del que s'obtingui en la realització de la massa activa, tret dels béns afectats per un privilegi especial. Els crèdits amb privilegi especial tenen preferència en el cobrament sobre els béns afectats pel privilegi (hipoteca, penyora, crèdits refaccionaris, etc.). Els crèdits amb privilegi general cobren amb preferència als ordinaris, pel que fa al que s'obtingui de la liquidació dels béns restants. Dins d'aquests crèdits amb privilegi general no hi hauria d'haver gradació, amb l'única excepció dels crèdits salarials singularíssimament privilegiats previstos en l'article 32.1 de l'Estatut dels Treballadors, que cobraran amb preferència a qualsevol classe de crèdit (fins i tot sobre els crèdits contra la massa o els crèdits amb privilegi especial). Una vegada satisfets els crèdits privilegiats, cobraran els crèdits ordinaris a prorrata. Només quan aquests hagin estat totalment pagats, se satisfaran els crèdits subordinats.

Divuitena. Convindria mantenir la tradicional qualificació triple del concurs en fortuït, culpable i fraudulent. Si el concurs es qualifica de fortuït (en el cas de deutors honestos), aquests podran obtenir la remissió dels deutes residuals (els que no es poden pagar amb el que s'ha obtingut en la liquidació). Quan el concurs es qualifiqui de culpable (per incompliment negligent de determinats deures), el deutor no es pot acollir a l'exoneració dels deutes residuals, però tampoc no es veu sancionat amb la interdicció legal. Si el concurs es qualifica de fraudulent (per l'ànim de perjudicar els creditors), a més de denegar al deutor la remissió dels deutes pendents, se'l sanciona amb les interdiccions legals (impossibilitat d'exercir el comerç i ocupar càrrecs directius en companyies mercantils). Tant si la qualificació del concurs és de culpable com de fraudulent, el deutor quedarà inhabilitat per a l'exercici de càrrecs tutelars que comportin l'administració de béns aliens.

Bibliografia

AGHION, PHILIPPE (1998): «Bankruptcy and its reform», a Autors diversos, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (ed. Peter Newman), Macmillan Reference Ltd., Londres, vol. I, pàgs. 145-148.

ALCOVER GARAU, GUILLERMO (1996): «Consideraciones generales sobre una alternativa a la reforma propuesta del Derecho concursal español», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 6, pàgs. 475-488.

ALONSO LEDESMA, CARMEN (1998): «Algunas consideraciones sobre el tratamiento de los acreedores en la reforma del Derecho Concursal español», a Autors diversos, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenatge al professor Justino Duque Domínguez*, Universitat de Valladolid, Valladolid, volum II, pàgs. 1.583-1.598.

ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO (1991): «La disciplina de los procesos concursales. Criterios de reforma», a Autors diversos, *Estudios Girón*, Madrid, pàgs. 119-132.

BEBCHUK, LUCIAN ARYE (1998): «Chapter 11», a Autors diversos, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (ed. Peter Newman), Macmillan Reference Ltd., Londres, vol. I, pàgs. 219-223.

BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (1996): «Una nueva propuesta de Ley Concursal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 237 (14 de març), pàgs. 1-4.

— (1997): «El convenio en la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal del profesor Ángel Rojo», *Cuadernos de Derecho y Comercio.* Monogràfico: La reforma del Derecho Concursal, pàgs. 89-119.

BREUER, WOLFGANG (1998): *Das neue Insolvenzrecht*, Beck, Munic.

CERDÁ ALBERO, FERNANDO y SANCHO GARGALLO, IGNACIO (2000): *Curso de Derecho Concursal*, Colex, Madrid.

DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO F. (1980): «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», *Anuario de Derecho Civil*, pàgs. 29-103.

FLETCHER, IAN F. (1996): *The Law of Insolvency*, 2a ed., Sweet & Maxwell, Londres.

GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL (1985): «Instituciones concursales y paraconcursales: El ámbito de una reforma», a Autors diversos, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultat de Dret de la Universitat Complutense, Madrid, pàgs. 189-209.

— (1985): «El Derecho concursal comunitario», a Autors diversos, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultat de Dret de la Universitat Complutense, Madrid, pàgs. 237-277.

— (2001): «El Anteproyecto de Ley Concursal español del 2000: las bases de una reforma esperada», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 491 (21 de juny), pàgs. 1-6.

GARRIDO GARCÍA, JOSÉ MARÍA (1996), «La reforma del Derecho concursal español. Reflexiones en torno a la 'Propuesta de anteproyecto de la Ley concursal' del Profesor Ángel Rojo», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 64, pàgs. 889-943.

GIRÓN TENA, JOSÉ (1985): «Introducción (Temario para una encuesta)», a Autors diversos, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultat de Dret de la Universitat Complutense, Madrid, pàgs. 7-28.

— (1985): «Los institutos concursales en el Anteproyecto de Ley Concursal: sus funciones y relaciones», a Autors diversos, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultat de Dret de la Universitat Complutense, Madrid, pàgs. 133-144.

GONDRA ROMERO, JOSÉ MARÍA (1985): «Reflexiones en torno a la 'funcionalidad' del sistema concursal proyectado», a Autors diversos, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultat de Dret de la Universitat Complutense, Madrid, pàgs. 145-177.

GONZÁLEZ CAMPOS, JULIO D. (1985): «Competencia judicial de los Tribunales españoles para declarar el concurso del deudor y eficacia en España del concurso declarado en el extranjero (Observaciones sobre el Título XI del Anteproyecto de Ley Concursal)», a Autors diversos, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultat de Dret de la Universitat Complutense, Madrid, pàgs. 211-235.

GUYON, YVES (1995): *Droit des affaires. Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire. Faillite*, 5a ed., tom 2, Economica: París.

HÄSEMAYER, LUDWIG (1998): *Insolvenzrecht*, 2ª ed., Heymanns, Colònia-Berlín-Bonn-Munic.

ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL (1997): «La reforma de la mecánica del Derecho Concursal español: procedimientos, jurisdicción, operadores», *Cuadernos de Derecho y Comercio.* Monográfico: La reforma del Derecho Concursal, pàgs. 11-26.

JANDER, KLAUS H. (1993): «Übersicht über das amerikanische Konkursrecht unter Berücksichtigung der Reformvorhaben», *Recht der Internationalen Wirtschaft*, núm. 7, pàgs. 547-553.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO JESÚS (1998), «Reformas y proyectos de reforma del Derecho concursal español. Ante un nuevo impulso de los trabajos de actualización de este sector de nuestro ordenamiento jurídico», a Autors diversos, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Universitat de Valladolid, Valladolid, volum II, pàgs. 1.643-1.653.

LE CANNU, PAUL, LUCHEUX, JEAN-MICHEL, PITRON, MICHEL, SÉNÉCHAL, JEAN-PIERRE (1994): *Entreprises en difficulté. Prévention, redressement et liquidation judiciaires*, Joly, París.

MEJÍAS GÓMEZ, JAVIER (1997): «La formación de la masa en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995», *Cuadernos de Derecho y Comercio* Monográfico: La reforma del Derecho Concursal, pàgs. 45-87.

MELLADO RODRÍGUEZ, MANUEL (1997): «Efectos de la declaración jurdicial de concurso. Especial referencia a la problemática relativa a la representación», *Cuadernos de Derecho y Comercio.* Monográfico: La reforma del Derecho Concursal, pàgs. 27-44.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO (1994): «Sobre la reforma del derecho concursal y el apoyo de los estudios económicos», *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 2, pàgs. 6-8.

OBERMÜLLER, MANFRED i HESS, HARALD (1995): *Insolvenzordnung*, Müller, Heidelberg.

OLIVENCIA RUIZ, MANUEL (1985): «Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado», a Autors diversos, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultat de Dret de la Universitat Complutense, Madrid, pàgs. 29-45.

— (1998): «Ley y disposiciones legales modelo como instrumentos de armonización y unificación internacional del derecho de la insolvencia», a Autors diversos, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Universitat de Valladolid, Valladolid, volum II, pàgs. 1.655-1.663.

PULGAR, JUANA (1994): *La reforma del Derecho Concursal comparado y español. (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Civitas, Madrid.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, ÁNGEL (1975): «Notas para la reforma de la legislación concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 138, pàgs. 509-532.

— (1985): «Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983», a Autors diversos, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultat de Dret de la Universitat Complutense, Madrid, pàgs. 89-131.

SCHMIDT, KARSTEN (1985): «Institutionen eines künftigen Insolvenzrechts der Unternehmen. Ein Diskussionsbeitrag zum Ersten Bericht der Kommission für Insolvenzrecht», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 12, pàgs. 713-724.

— (1986): «Das Insolvenzverfahren neuer Art – Kernprobleme der Insolvenzrechtsreform nach dem Kommissionsbericht–», *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, núm. 2, pàgs. 178-210.

— (1990): *Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen. Befunde, Kritik, Perspektiven*, Kommunikationsforum, Colònia.

TORRES DE CRUELLS, JOSÉ MARÍA (1959): «Nota crítica a un anteproyecto de ley concursal», *Revista Jurídica de Cataluña*, pàgs. 747-770.

— (1974): «Aportación de nuevas ideas para una nueva y futura ley de quiebras», *Revista Jurídica de Cataluña*, pàgs. 231-233.

UHLENBRUCK, WILHELM (1988): «Zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 12, pàgs. 471-475.

— (1989): «Grundzüge des Entwurfs einer neuen Insolvenzordnung. Diskussions-Entwurf eines Jahrhundertgesetzes oder wirtschaftspathologische Utopie?», *Betriebs-Berater*, núm. 7, pàgs. 433-441.

UHLENBRUCK, WILHELM, BRANDENBURG, JOACHIM C., GRUB, VOLKER, SCHAAF WILHELM A., i WELLENSIEK, JOBST (1992): «Die Insolvenzrechtsreform. Ein typischer Fall der Überjustizialisierung», *Betriebs-Berater*, núm. 25, pàgs. 1.734-1.738.

VACAS MEDINA, LUIS (1959): «La nueva Ley Concursal española (el Anteproyecto)», *Revista Jurídica de Cataluña*, pàgs. 615-630.

— (1985): «La reforma del Derecho concursal español», a Autors diversos, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultat de Dret de la Universitat Complutense, Madrid, pàgs. 47-88.

— (1995): «Consideraciones sobre el pasado, el presente y el futuro de la reforma concursal», *La Ley*, núm. 3721 (21 de febrer), pàgs. 1-3.

VERDERA Y TUELLS, EVELIO (1985): «Aspectos económicos y jurídicos de la reforma del Derecho concursal: la supervivencia de las empresas en crisis», a Autors diversos, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Revista de la Facultat de Dret de la Universitat Complutense, Madrid, pàgs. 179-188.

VICENT CHULIÁ, FRANCISCO (1978): «En vísperas de la reforma del Derecho concursal español», *Revista Jurídica de Cataluña*, pàgs. 919-990.

— (1979): «El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma», *Revista Jurídica de Cataluña*, pàgs. 669-724.