

# Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma \*

JUSTINO F. DUQUE DOMINGUEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de Valladolid

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION. A) La importancia actual de estas cuestiones. B) El sistema de fuentes del Derecho concursal español. 1. Las fuentes. a) Fuentes generales. b) La vigencia (parcial) del C. Com. de 1829. c) Otras fuentes especiales. 2. La crítica de las fuentes. C) La necesidad de un replanteamiento básico.—II. ENCUADRAMIENTO DE LA INSTITUCION CONCURSAL. A) El estatuto del empresario y la utilización del crédito. B) Aspectos generales de las instituciones concursales del empresario. 1. El carácter material o procesal de las instituciones concursales. 2. El Derecho concursal como Derecho especial que integra el estatuto del empresario en situación de crisis. C) La función de las instituciones concursales. 1. La aplicación de la quiebra a los no comerciantes. a) El planteamiento de una posible unificación. b) La peculiaridad de la situación española. c) La tendencia general de la evolución. 2. La función de la quiebra. a) Planteamiento clásico. b) La situación actual. 3. Quiebra y economía de dirección central.—III. RELACIONES ENTRE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES PROPIAS DEL COMERCIANTE O EMPRESARIO. A) La crítica de la suspensión de pagos en sus relaciones con la quiebra. 1. Insolvencia e iliquidez. a) La insolvencia o desbalance no es presupuesto de la suspensión porque la Ley de 1922 no ha modificado el C. Com. b) La insolvencia como término genérico que abarca el desbalance y la iliquidez. 2. Insolvencia y comportamiento correcto del deudor. 3. La defensa del sistema legal español. 4. La conclusión y las peculiaridades del convenio obtenido en la suspensión. B. Conclusión final. IV. DIRECCIONES BASICAS PARA UNA RECONSTRUCCION DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES. A) Quiebra del comerciante y quiebra de la empresa. B) Los poderes del órgano judicial. C) Quiebra y sociedad mercantil.

---

(\*) El presente trabajo, destinado a figurar en los proyectados Estudios en homenaje al profesor Agustín Vicente Gella, fue entregado en julio de 1975. Se ha puesto al día en los aspectos más importantes que, desde esa fecha, han sido modificados en la doctrina y en Derecho español.

No se han recogido los aspectos de los trabajos de reforma del Derecho concursal emprendidos en la Comisión General de Codificación—objeto de un próximo futuro trabajo.

## I.—INTRODUCCION

Una *serie de hechos* —algunos de aparición súbita, otros consecuencia de un lento proceso— se están produciendo en la actividad económica y están haciendo surgir polémicas sobre *nuevos temas* del Derecho concursal o arrojando una *nueva luz sobre temas tradicionales*. La expansión del crédito y de nuevas formas de inversión, el crecimiento de la magnitud de las empresas, la aparición de nuevas formas de empresas como los grupos de sociedades, la penetración de las empresas multinacionales, son algunos de estos hechos importantes. La *interconexión de todos ellos* se ha manifestado con la *crisis económica* que comienza en los primeros años de la década de los setenta. Los *conceptos básicos* del Derecho concursal —sobre todo los presupuestos objetivos que determinan jurídicamente la crisis económica— son sometidos a revisión. La *consideración creciente del crédito* fortalece y matiza las interpretaciones del concepto de sobreseimiento general como cesación general en el pago, centro neurálgico de nuestro vigente Derecho concursal. El mismo *ámbito y carácter* de este sector jurídico experimenta modificaciones importantes como consecuencia de la aparición de nuevas disposiciones que tratan de responder, al menos provisionalmente, al reto lanzado por la crítica situación de las empresas. Cuáles sean los *aspectos fundamentales* de estas transformaciones y cuál sea el *grado de vinculación a la situación de la legislación española*, así como las *posibles vías de solución*, son el objeto de las reflexiones que se hacen a continuación.

Al conjunto de las instituciones procesales y extraprocesales que regulan el estatuto de las personas, físicas o jurídicas, empresarios o no empresarios, en las situaciones de *crisis económica* puede llamarse *derecho concursal*.

Esta denominación (1), enraizada con el término clásico con que Salgado de Somoza desarrolló su *Labyrinthus creditorum* (2), editado por primera vez en Valladolid, abarca una pluralidad de instituciones que, debido a la *dualidad del sistema concursal español*, se distribuyen entre el *derecho mercantil* y el *derecho común*. Al primer campo pertenecen la suspensión de pagos, la quiebra, la administración judicial de empresas embargadas y los concordatos o convenios extrajudiciales. Al segundo, la quita y espera, el concurso de acreedores y los convenios extrajudiciales de cesión de bienes.

Al mismo tiempo, marca el carácter fundamental que justifica la

(1) V. PRIETO CASTRO, *Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares* (Madrid, 1974), págs. 22 y 23.

(2) SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatum* (Valladolid, 1645, 1.ª ed.). Sobre el significado de este autor, V. DE BENITO, *El Derecho mercantil*, en «Estudios sobre la ciencia española del siglo XVII» (Madrid, 1935), págs. 395 y ss. y págs. 422-427, con mención de la bibliografía española sobre el tema; DE BENITO, *La doctrina española de la quiebra* (Madrid, 1930); ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *Un español mal comprendido; Salgado de Somoza en la doctrina alemana sobre concurso de acreedores* (Madrid, 1932).

existencia de estas instituciones. Es el hecho de la concursalidad o pluralidad de acreedores frente a un mismo deudor y la necesidad de ordenar la satisfacción de todos los acreedores sometidos a un tratamiento igual (principio de *par conditio creditorum*) sobre todo el patrimonio del deudor incumplidor.

Por derecho concursal en sentido amplio se entiende, por tanto, el conjunto sistemático de normas, materiales y procesales, que regulan las relaciones entre deudor común, que no puede, por causas definitivas o temporales, satisfacer puntualmente la totalidad de los créditos que ostentan contra él una pluralidad de acreedores, así como las instituciones que tratan de mitigar por cualquier medio las consecuencias de la crisis económica que puede afectar a las empresas.

En esta definición se comprenden, por tanto, las instituciones concursales propias de los empresarios y de los no empresarios, que, en el Derecho español, guardan un paralelismo absoluto. Para delimitar el derecho concursal en sentido estricto pueden introducirse restricciones desde dos diversos puntos de vista. Una primera restricción, será lo que limite el derecho concursal a las instituciones propias de las crisis económicas de la empresa, esto es, la suspensión de pagos, la quiebra y, también, aunque sea excepcional, la administración judicial de empresas embargadas, así como los convenios extrajudiciales. Incluso después de esta primera reducción, es posible que el derecho concursal en sentido estricto se considere integrado estrictamente por la quiebra y, por razón de las remisiones que se hacen en la regulación de ésta, el concurso de acreedores (3).

En el presente trabajo se van a examinar preferentemente las relaciones generales existentes entre la quiebra y la suspensión de pagos, con exclusión en principio de los temas referentes al derecho concursal aplicable a los no comerciantes, salvo en lo que se refiere a la relación existente entre las instituciones concursales de carácter mercantil y las instituciones concursales que carecen de este carácter (4) para plantear las directrices de una reforma del conjunto de la institución.

#### A) La importancia de estas cuestiones

Para valorar la importancia del estudio conjunto de las instituciones concursales puede sernos de utilidad un documento reciente, redactado durante los años 60 por la *Inspection Générale des Finances* con motivo de la reforma francesa de la quiebra.

A pesar de la brillante literatura francesa sobre la institución concursal y de la constante y progresiva adaptación de los viejos textos legales del *Code de commerce* a las cambiantes exigencias de una eco-

(3) Para el Derecho concursal como posible Derecho autónomo, v. BROSETA, *Manual de Derecho mercantil* (Madrid 1974, 2.ª ed.), págs. 622-633. Para la consideración del problema en la doctrina italiana, PROVINCIALI, *Tratado di Diritto fallimentari* (Milano, 1974), págs. 33 y 54, especialmente páginas 36 y ss.

(4) Vid. más adelante acerca del carácter mercantil del Derecho concursal.

nomía en evolución —que ha dejado subsistir pocas de las características que tuvieran presentes los redactores del *Code*—, la *Inspection Générale des Finances* afirma paladinamente que «la quiebra es, en 1965, una de las partes más complejas del derecho y una de las partes peor conocidas de la organización económica» (5). Los lugares comunes que se mencionan constantemente para ponderar la importancia de la institución producen no obstante la impresión de que la doctrina pretende, más que demostrar la importancia práctica de la institución concursal, recordar su existencia que, acaso en épocas pretéritas de la evolución económica y jurídica, tuviera un puesto importante en el conjunto del sistema.

Por otro lado, como consecuencia de la dinamicidad suscitada por el desarrollo económico y por la crisis posterior al período de expansión, el *número de procedimientos concursales tiende en todos los países a aumentar* rápidamente (6).

(5) *Aspectos économiques de la faillite et du reglement judiciaire. Rapport de l'Inspection Générale des Finances* (París, 1970).

(6) La evolución en esta materia puede percibirse en el siguiente cuadro del Anuario Nacional de Estadística:

Cap. VII

1.9 Quiebra, suspensiones de pagos y protestos

CONCEPTO		1972	1973	1974	1975	1976 (*)
<i>Quiebras</i>						
Quiebras declaradas .....		56	53	56	72	100
Importe de los créditos (millones de pesetas).	Activo ....	925	268	2.230	2.375	2.501
	Pasivo ....	1.018	693	2.148	1.270	2.619
<i>Suspensión de pagos</i>						
Suspensiones declaradas .....		142	120	308	322	386
Importe del activo (millones de pesetas) .....		5.587	6.537	42.043	37.813	52.412
Importe del pasivo (millones de pesetas) .....		3.672	3.767	25.454	24.638	32.073
<i>Protestos de letras de cambio</i>						
Efectos (miles) .....		2.555	2.709	3.502	3.739	3.821
Cuantía (millones de pesetas).		147.443	174.913	295.672	371.647	465.136
Valor medio del protesto (pesetas) (1) .....		57.700	64.575	84.400	99.388	121.720
Índice de intensidad (2) .....		1,49	1,39	1,91	2,01	2,10

(\*) Cifras provisionales.

(1) Las diferencias que se observan entre estas cifras y las que figuran en el Anuario extenso se debe al redondeo de las cifras que en éste van expresadas en unidades inferiores.

(2) El índice de intensidad es la media de los índices mensuales, calculados sobre el importe total de las letras descontadas, facilitado por el Banco de España.

Al comenzar la crisis económica de la década de los setenta, la prensa diaria podía rotular su información sobre el aumento del número de quiebras con la rúbrica «A una por día». La frecuencia de suspensiones ha crecido alarmantemente para el conjunto del país. Durante 1974 cada día ha traído su suspensión. En ese año se tramitó una suspensión diaria (7). Esta frecuencia significa que por cada una de las suspensiones que se declararon en 1973 se han tramitado (8) cuatro en 1974. El número de quiebras (o suspensiones) — y el de protestos — no ha cesado de aumentar desde entonces. Y, sobre todo, ha aumentado la *cuantía del pasivo* de las suspensiones que se solicitan (9). El pasivo de las 595 suspensiones de 1978 ascendió a un total de 98.000 millones, frente a las 382 empresas suspensas en 1977, con un pasivo de 41.000 millones de pesetas.

El número creciente de estas situaciones sería suficiente para justificar la preocupación del jurista por estas cuestiones. Pero, además de este aumento cuantitativo, la crisis económica, evidenciada por la

---

De acuerdo con los datos suministrados últimamente por «Informaciones» (14 de mayo de 1978), en 1971 se produjeron 66 insolvencias, con un pasivo de 3.360 millones de pesetas; en 1973, 37 insolvencias, con un pasivo de 1.127 millones; en 1973, 68 insolvencias, con un pasivo de 2.760 millones; en 1974, 160 insolvencias, elevándose el pasivo a 10.025 millones; en 1975, 143 insolvencias, bajando el pasivo a 7.825 millones; en 1976, 165 insolvencias y un pasivo de 9.404 millones; en 1977, 201 insolvencias, con 15.150 millones de pasivo; en 1978, 250 insolvencias, con un pasivo aproximado de 28.000 millones.

Como se ve, el incremento del pasivo es aún mucho más espectacular que el del número de empresas insolventes, superando ampliamente a las cotas de inflación.

«El País» (18 de febrero de 1979) informa de los siguientes datos: De las 595 suspensiones de pagos, 124 superan los 100 millones de pesetas de pasivo; 11 superan los 1.000 millones de pesetas y dos los 15.000 millones. Por lo que respecta a su distribución por provincias, la mayor cifra corresponde a Barcelona, con 230 suspensiones y un pasivo de 24.700 millones; le sigue Madrid, con 120 suspensiones y 22.800 millones, y en tercer lugar se encuentra Bilbao, con sólo 15 suspensiones, pero con un pasivo que alcanza los 18.000 millones.

Ordenadas en relación a su cifra de pasivo, aparecen las siguientes empresas: Babcock Wilcox Española, de Bilbao, con 15.986 millones; Sarrió, Papelera de Leiza, de Pamplona, con 15.771 millones; La Montañesa, de Zaragoza, con 5.406 millones; MPI, Compañía de Inversiones, de Barcelona, con 4.622 millones; Sistemas Navales y Criogénicos, de Madrid, con 4.331; Felipe Fuster, de Alicante, con 2.457; Astilleros Construcciones, de Madrid, con 2.096; Enclavamientos y Señales, de Barcelona, con 2.092; Arsa, de Valencia, con 1.982; Isolux, de Madrid, con 1.122 millones.

(7) *Informaciones económicas*, 4-1-75, pág. 6. Todas las referencias a publicaciones no especializadas persiguen poner de manifiesto la actual preocupación por estas cuestiones en la sociedad española.

(8) Esta cifra la pone un Seminario especializado en economía (*Doblón*, 26-10-1974, pág. 4) en boca de un oficial de Juzgado.

(9) *Vid. Informaciones* (Tomadas de Fomento de la Producción) en «El País», 18 febrero 1979, pág. 45 (cit. también en nota 6). En los últimos cinco años las quiebras de empresas catalanas se han multiplicado por cuatro; también «Informaciones» (14 mayo 1979) señala que es más espectacular el aumento del pasivo de las empresas quebradas. (Vid. igualmente la cita de nota 6).

suspensión de pagos, afecta de un modo general al país. *No es una cuestión que afecta tan sólo a los comerciantes, a los empresarios en sus relaciones recíprocas.* Afecta a todos los sectores de la población, y no siempre como elementos a los que alcanza de modo reflejo el hundimiento, más o menos clamoroso, de una empresa mercantil y de su titular. Afecta directamente a los *inversores*, que soportan las pérdidas de la empresa suspensa, bien como *aportantes del capital de riesgo* a la empresa del suspenso, bien como *acreedores de la misma*, o bien como *participantes en el trabajo* de su empresa. Por esta razón, A. Chevrier —en el *Rapport* presentado en 1976 al sexto Congreso de Síndicos y Administradores franceses— podía decir que «el derecho de la quiebra ha dejado de ser un derecho de especialistas más o menos oscuros para interesar al gran público... y a los poderes públicos» (10).

Por otro lado, *la quiebra aparece frecuentemente bajo la forma de suspensión de pagos* —debido al especial sistema legislativo español— (11), hecho de significado ambivalente y sobre el cual hemos de volver con más detenimiento más adelante.

En 1974 —dice el diario hace poco aludido— (12) se ha agudizado un hecho corriente aunque no nuevo (ya veremos cuál ha sido éste) en nuestra reciente historia económica. El ahorro modesto ha sido muy afectado por la epidemia de suspensiones de pagos. Y si hemos de hacer caso a las tendencias que se apuntan en lontananza, seguirá viéndose muy afectado. Miles y miles de pequeños ahorradores se han visto cogidos en la trampa de unos negocios mal planteados, víctimas del ofrecimiento de «una alta rentabilidad» y de «una considerable liquidez» muy difíciles de mantener en situaciones de recesión económica.

Después de esta cita, relativamente larga y acaso un tanto desusada en un trabajo de esta índole, parece fuera de duda que el replanteamiento del problema del derecho concursal en general no es una cuestión que afecte sectorialmente a una clase de ciudadanos, sino que, por unos títulos o por otros, con mayor o menor intensidad, la crisis afecta —y, desgraciadamente, afectará mientras duren las presentes circunstancias económicas— a todos los sectores de la población española.

## B) *El sistema de fuentes del derecho concursal español*

1. *Las fuentes.*—Las fuentes del derecho concursal español están *dispersas* en varios cuerpos legales, que corresponden a épocas históricas muy diversas, de naturaleza heterogénea y —como se verá— en algún caso de vigencia dudosa.

a) *Fuentes generales.*—Aparece en primer lugar *el Código de co-*

(10) CHEVRIER, *De la défaillance financière à une procédure collective renouée*; RTDr. Comm., 1976, págs. 643 y ss.

(11) Sobre ambos aspectos hemos de volver más adelante para sacar las consecuencias oportunas.

(12) «Informaciones económicas», cit.

mercio de 1885, que dedica el Libro IV a la *suspensión de pagos*, a las *quiebras* y a las prescripciones (arts. 870-941).

Asimismo, el *Código civil* de 1888 dedica el Tít. XVII a regular la concurrencia y prelación de créditos (arts. 1.911-1.929), en cuyo primer capítulo se estudian, bajo la denominación de disposiciones generales, los presupuestos de la declaración de *concurso de acreedores* (para la insolvencia de las personas no comerciantes), así como sus efectos personales y patrimoniales, y el *convenio de quita y espera*—bien celebrado preventivamente (art. 1.912), bien una vez abierto el concurso (arts. 1.917-1.919)—. El cap. dedicado a la *clasificación de los créditos tiene carácter general*.

En segundo lugar, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: el Título XII regula el *procedimiento de quita y espera* (arts. 1.130-1.195) y el del concurso de acreedores (arts. 1.156-1.317); el Título XIII se refiere al orden de *proceder en las quiebras* (arts. 1.318-1.396), habiendo de señalarse que el contenido de este título se determina en buena medida por la remisión a los preceptos sobre concursos (artículo 1.319).

Finalmente, han de mencionarse, como *leyes especiales* aplicables a todo supuesto, la Ley de *suspensión de pagos* de 26 de julio de 1922 y el Decreto/Ley de 20 de octubre de 1969 sobre *administración judicial* de empresas embargadas.

b) *La vigencia (parcial) del Código de comercio de 1829*.—Pero, además, están vigentes una serie de preceptos del Código de comercio de 1829, así como de la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830 (cuyo Título V trata del orden de proceder en las quiebras: arts. 16-251). La causa de que estén vigentes algunos preceptos pertenecientes a un cuerpo legal ya derogado se debe a la sucesión temporal en que, durante el siglo pasado, van promulgándose el CCom. y la LECiv. actualmente vigente. La LECiv. se promulgó en 1881, antes de que se promulgara en 1885 el CCom. Como consecuencia, las remisiones de la LECiv. al CCom. se hacen originariamente al CCom. de 1829. Cuando se promulga el CCom. de 1885, las remisiones de la LECiv. debían entenderse hechas al nuevo cuerpo legal. Pero el CCom. de 1885 no recoge todos los preceptos concretos de otros cuerpos legales que en su conjunto ya no están vigentes (13). Como el vigente CCom. carece de preceptos correlativos al CCom. 1829, el intérprete tiene que acudir al CCom. derogado para integrar el CCom. vigente.

El criterio que haya de seguirse para determinar los preceptos concretos con vigencia en el CCom. de 1829 y en la Ley de Enjuiciamiento de 1830, es discutido por la doctrina española, que se ha esforzado por dilucidar la cuestión (14).

---

(13) LANGLE, *Manual de Derecho mercantil*, I (Barcelona, 1960), pág. 229, hace notar que el C. Com. de 1885 no contiene una cláusula derogatoria general de la legislación anterior como la que contiene el C. civil.

(14) V. RAMÍREZ, *La quiebra*, I (Barcelona, 1959), págs. 206 y ss., con exposición de los criterios mantenidos por los autores.

En principio no pueden señalarse con un criterio rígido los preceptos que se encuentran derogados y los que se hallan vigentes, como a veces se ha hecho en colecciones de leyes (15) o en trabajos doctrinales (16). Parece más conveniente *atender al contenido del precepto*. El CCom. intenta regular exclusivamente el *derecho sustantivo*, fundamentalmente *declaratorio de derechos*, y los preceptos de este contenido, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren colocados en la (necesariamente relativa) sistemática legal, sólo podrán considerarse vigentes *cuando no contradigan el nuevo régimen legal*. El reconocimiento de la vigencia de algún precepto concreto por la jurisprudencia habrá resuelto la cuestión en algún punto. No es así la mera invocación por el derecho vigente de algún precepto de cuerpos legales derogados.

c) *Otras fuentes especiales*.—Se encuentran también vigentes otras disposiciones que se refieren a hipótesis específicas —para empresas de seguros (arts. 1.833 y 1.346 de la LECiv., modificado por R. D. 10 noviembre de 1924; arts. 42 y sigs. Ley Seguros Privados de 1954).

En el plano particular de la actividad privada, dentro del sector bancario, habría que incluir el llamado popularmente sanatorio de bancos o *corproación bancaria*, sociedad anónima interbancaria que trata de *resolver preventiva y extrajudicialmente las crisis económicas de las entidades bancarias adheridas a la sociedad* (17). Incluso parece que se trata de extender la experiencia con carácter general a toda la economía, hablándose de un hospital de empresas que, bajo la denominación (no confirmada) de *Ente de Reestructuración Industrial*, actuará, con métodos de derecho privado, en la negociación y gestión de las soluciones que, en cada caso, resulten más apropiadas para superar la crisis de empresas que, económicamente, sean todavía viables (18).

A este respecto ha de mencionarse el art. 31 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, sobre relaciones laborales, el R. D. 317/1977, de 4 de marzo de 1977, que desarrolla el Fondo de Garantía Salarial. En esta disposición se prevé la formación de un *fondo interempresarial* que garantice a los trabajadores el percibo de sus remuneraciones pendientes de pago, así como el abono de las cuotas de Seguridad Social y las percepciones sustitutorias del salario, o de las prestaciones sociales, en caso de insolvencia, suspensión de pagos o quiebras de las empresas en que aquéllos trabajan. La cuestión ha sido recogida recientemente en el

(15) V. MEDINA Y MARAÑÓN, *Leyes civiles de España*, I.

(16) ECHAVARRI Y VIVANCO, *Comentarios al Código de comercio*, V (Valladolid, s. d., 2.ª ed.), págs. 573 y ss., donde se recogen los preceptos del Código de Comercio de 1829, que además de los indicados en los Comentarios no se hallan derogados.

(17) V. Las consideraciones que se hacen sobre este tema en La corporación bancaria, editorial de «El País», 28 abril 1978.

(18) V. Las declaraciones que el ministro de Industria hizo en el Congreso ante la Comisión de Industria, «Cinco Días», 12 mayo 1978. Vid. igualmente una exposición del debate parlamentario, en «Banca Española», número 99 (mayo 1978), págs. 11 y ss.



artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo).

En el mismo sentido, con un ámbito de aplicación más restringido, y para proteger otra categoría de intereses, dos RR. DD. de 11 de noviembre crean el *Fondo de Garantía de Depósitos Bancarios* y el *Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro*, que gestionados por el Banco de España y constituido con aportaciones de los bancos y de las Cajas de Ahorro, garantizan la devolución, hasta quinientas mil pesetas por depositante, en el caso de quiebra o suspensión de pagos de la entidad depositaria. El Fondo de Garantía de Depósito en Establecimientos Bancarios fue modificado por el R. D. 54/1978, de 16 de enero (18 bis), habiéndose ampliado sus funciones por el R. D. 4/1980, de 28 de marzo.

2. *La crítica de las fuentes.*—La «imperfección y deficiencia» de los preceptos contenidos en el CCom. y LECiv. han sido reconocidos constantemente por la doctrina y por el propio legislador. Ya González Huebra hacía notar que el título referente al derecho concursal acaso fuera en el CCom. 1829 la materia codificada que de más irregularidades adolecía (19). Desde entonces la crítica no ha cesado, y el conjunto es calificado por Sánchez Calero (20) de «arcaico». Hay una presentación formal del conjunto inadecuada, en textos dispersos, algunos de dudosa vigencia y que apenas se ocupan de los problemas suscitados por la quiebra de las sociedades.

Los sarcasmos que Echegaray (21) pronunció contra el CCom. 1829

(18 bis) Una puntual enumeración de las fuentes, en VICENT CHULIA, *En vísperas de la reforma del Derecho concursal español*, Rev. Jur. Cataluña, 1978, págs. 111 y ss.

(19) GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebra* (Madrid, 1956).

(20) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil* (Valladolid, 1974, 4.ª ed.), pág. 477.

(21) *Diario de sesiones de la Cortes constituyentes de 1869*, número 129, pág. 3769 (sesión 2 de octubre de 1869): «Y esto que yo acabo de indicar es tan evidente, es tan claro, y sobre todo es tan claro y tan evidente para todo el que conozca por una parte lo que es el Código de comercio, y por otra lo que son las modernas sociedades anónimas, y sobre todo las sociedades de ferrocarriles, que yo ofendería la ilustración de los señores que me escuchan si me esforzase en dar la demostración de este aserto mío. Me bastará citar algunos artículos; me bastará descender a algunos detalles, y por esos artículos y por esos detalles verán los señores diputadas la imposibilidad absoluta, completa y radical, de aplicar el título de quiebras del Código de comercio a las quiebras de los ferrocarriles.

Dice el artículo 193 de la ley de Enjuiciamiento Mercantil, al tratar de la celebración de una de las primeras juntas que se celebran, dado el caso de quiebra: «Se extenderá un acta circunstanciada, que se leerá antes de levantarse la sesión, y la firmarán el juez comisario, el escribano, los acreedores concurrentes y el quebrado.»

Y dice el artículo 1.156 del Código de comercio: «El convenio entre el quebrado y los acreedores se firmará en la misma junta en que se haga, bajo pena de nulidad y responsabilidad del escribano.»

Y dice el artículo 1.046 del Código de comercio: «La ocupación de los bienes y papeles de comercio del quebrado tendrá efecto en la forma siguiente:

1.º Todos los almacenes y depósito de mercaderías y efectos del quebrado

durante la discusión de la Ley sobre quiebras de compañías ferroviarias de 1869 pueden verse hoy reproducidos casi al pie de la letra por Prieto Castro (22): «El descuido imperdonable en que desde hace más de tres cuartos de siglo se tiene a esta legislación produce, además de esos graves defectos de sistema, otros muchos de técnica y de léxico, que carece de uniformidad. Subsisten, por ejemplo, preceptos que aún hoy mandan ingresar metálico o valores en un *arca* con dos o tres llaves iguales (de imposible cumplimiento, porque las *arcas* son ya objeto de anticuario), y junto a denominaciones y construcciones gramaticales que son las actualmente en uso, figuran otras de hace más de siglo y cuarto (reinando Fernando VII), sin contar numerosos galicismos».

De «balumba» (Pedrol) (23) y de «conglomerado disforme de disposiciones» (Prieto Castro) (24) ha sido calificado el sistema de fuentes del derecho concursal español. La «superposición de capas de derecho histórico» (25) (Fairén Guillén) hace «sumamente difícil la exposición e inteligencia de la materia» (Prieto Castro). Es difícil determinar el contenido de las mismas, pues un precepto regula sólo parte de un

---

quedarán cerrados bajo dos llaves, de las cuales tendrá una el juez comisario, y la otra se entregará al depositario.»

No cito, no escojo más que estos tres artículos como ejemplo. Y yo pregunto: ¿es posible aplicar estas prescripciones a las modernas sociedades de ferrocarriles? ¿Es posible reunir en un mismo local, en un salón, a los millares y millares de acreedores de una compañía? ¿Es posible que todos ellos firmen el acta, y que el escribano responda, y responda personalmente, y con inmensa responsabilidad, de todas estas firmas? ¿Es posible que todo esto se termine dentro de una misma sesión? ¿Es posible que todos los efectos del ferrocarril queden encerrados bajo dos llaves? ¿Es posible encerrar las locomotoras, los tenders y todo el material de un ferrocarril? ¿Es posible encerrar los grandes puentes, los elevados terraplenes, los prolongados túneles, bajo dos llaves, como el Código de comercio pretende? Bien se ve aquí, bien se comprende que cuando esto se hizo no se pensaba, no se podía pensar, no se podía imaginar siquiera que vinieran a arruinarse en nuestro país estas grandes empresas, tanto más cuanto que por su constitución especialísima y por su manera de funcionar, que no juzgaré ahora, pero que debo aceptar como un hecho, no son empresas privadas, sino que en cierto modo son y ejercer funciones sociales. Un ferrocarril no puede detenerse en sus funciones, no puede interrumpir su servicio, y hasta ahora al menos se ha considerado la que ejerce como una función social. El servicio público es lo primero, y no es posible coger todo el material de un ferrocarril, encerrarlo en las cocheras y dependencias, echarle la llave y dar por terminadas las funciones de estas empresas.

Estos son puros detalles, si se quiere pequeñísimos, pero que hacen comprender la imposibilidad absoluta de amoldar la antigua legislación a los casos presentes.

Si yo ahora me hiciera cargo de prescripciones más fundamentales del Código de comercio, comprendidas en el título de quiebras, veríamos nuevas, mayores y más invencibles dificultades, como en el curso de mi peroración tendré motivo de presentar y demostrar a los señores diputados.

(22) PRIETO CASTRO, *Derecho concursal* (Madrid, 1974), pág. 26, nota 1.

(23) PEDROL, *loc. cit.*, en «Doblón».

(24) PRIETO CASTRO, *Derecho concursal*, cit., pág. 26.

(25) FAIREN GUILLÉN, *Sintesis del Derecho procesal de insolvencia español*, RGLJ, 1970, II, págs. 7 y ss. y pág. 11.

supuesto que pretende regular y el resto de la norma hay que buscarla en otra disposición, que, a su vez, remite a otra u otras disposiciones (Prieto Castro) (26).

En definitiva, «un ordenamiento jurídico de la época de la navegación a vela y de las señales a distancia por medio de banderas, no puede considerarse adecuado a las necesidades del tráfico comercial en la actualidad; ni al nacional ni al internacional» (27).

En último extremo, como indica Guasp, la tramitación de la quiebra, larga y costosa, constituye un «enorme aparato cuasi oficial de métodos de tal rigidez que en modo alguno sirven para las exigencias de la práctica de hoy» (28).

Recopilando las opiniones que se han exteriorizado, puede afirmarse que los reproches a la legislación española en materia de concursos se han dirigido por estas vías fundamentales:

a) La *oficialidad de todos los procedimientos*, con la consiguiente lentitud y demora en la solución de la crisis económica.

b) La incongruencia de que un *deudor sin bienes suficientes no sea declarado en quiebra*, transformando por la aceptación tácita de sus acreedores, lo que es una insolvencia definitiva en una insolvencia provisional que evita la liquidación propia de la quiebra.

c) El hecho de que esta *transformación se realice sin ninguna limitación que proteja a los derechos de los acreedores*, exigiendo un porcentaje mínimo en el caso de remisión o un *plazo máximo* de espera.

d) La posibilidad del convenio preventivo sin liquidación en caso de insolvencia definitiva que se admite indiscriminadamente, *sin atender a la situación de buena fe del suspenso*.

e) Finalmente, *los convenios preventivos suelen hacerse a costa de los pequeños acreedores*, cuyos créditos proceden de suministros, porque los que conceden crédito a los empresarios o comerciantes suelen hacerlo en base a pólizas intervenidas, con lo que adquieren la posición de privilegiados, o con garantía real.

### C) *La necesidad de un replanteamiento básico*

A la vista de estas circunstancias, se justifica el que, hoy y aquí, propongamos un *replanteamiento del derecho concursal en sus cuestiones fundamentales*, básicas. No se trata de buscar un mero perfeccionamiento de la legislación vigente —a veces, como vimos, difícil de precisar—, que persiga tan sólo el remodelamiento de un detalle más o menos problemático. Se trata de *repensar radicalmente el concepto y función de la institución concursal y de sus principales manifestaciones en el Derecho español* a la luz de la experiencia histórica y de la que ofrece el Derecho comparado.

Y de esta opinión son también los especialistas más destacados en

(26). PRIETO CASTRO, *ob. cit.*, pág. 26, nota 1.

(27) FAIREN GUILLÉN, *Síntesis...*, pág. 22 y notas de diversos autores en notas 6 y 7.

(28) GUASP, *El sistema de una ley hispanoamericana*, RDPr, 1956, I, páginas 130 y ss.

este campo jurídico. Recientemente, en Francia se ha promulgado una legislación que, a la vista de las nuevas necesidades suscitadas por las modificaciones económicas, ha planteado la institución en unas coordenadas que le dan un indudable aire de modernidad y de adaptación a la situación actual de la economía. No prejuzguemos su dureza o, por el contrario, su benignidad, con relación al deudor común en crisis. Sólo se afirma que las ideas de R. Houin, principal impulsor de la reforma y posteriormente el esclarecedor más autorizado de sus principios fundamentales, han pretendido plantear y regular adecuadamente los principales problemas que produce la crisis económica de las empresas en una economía moderna (29).

El proceso reformista del concurso ha afectado —está afectando— al desarrollo jurídico de un sector del ordenamiento que, por sus características, ha experimentado tradicionalmente el influjo del Derecho comparado. Si la ley alemana de concursos fue precedida por un amplio trabajo de comparación jurídica, como en un contexto metodológico general pone de relieve Bartholomeyczik (30) para mostrar el valor que tiene el Derecho comparado en la formación de la ley y, luego, con posterioridad, en la interpretación de la misma (31), no cabe duda que en la actualidad ha de seguirse el mismo método para tomar postura en la materia examinada.

Al comparar el proceso de formación del derecho comercial durante la época medieval y la fase de la economía de mercado a cuya configuración estamos asistiendo, Ragusa Maggiore (32) llega a conclusiones que también parecen perfectamente aplicables al momento en que se produce la crisis del siglo pasado en las compañías españolas de ferrocarriles, que es un momento clave de la evolución de este sector en el Derecho español (33), y que son igualmente pertinentes en el momento actual.

*El crecimiento de la empresa, la protección estatal de la empresa bajo formas diversas que tratan de superar las dificultades por las que atraviesa, la mezcla entre actividad privada y actividad pública, la internacionalización de los negocios mediante la creación de empresas multinacionales, la concentración económica mediante la formal disgregación de los sujetos titulares de las empresas que constituyen un*

(29) V. HOUIN, *Permanence de l'entreprise à travers la Faillite*, en «Aspects économiques...», cit., págs. 135 y ss.

(30) BERTHOLOMEYCIK, *Die Kunst der Gesetzesauslegung* (Frankfurt a. M. 1960), pág. 60. Acentúa, por el contrario, las diferencias entre los ordenamientos nacionales, ECHEVARRI Y VIVANCO, *Comentarios*, cit., V, pág. 357.

(31) JAEGER, *Konkursordnung*, I (Berlín, 1958, 8.ª ed., reelaborada por LENT Y WEBER), XLV y ss., para la historia de la ley alemana; para el Derecho comparado, pág. LXI y ss.

(32) RAEGUSA MAGGIORE, *L'evoluzione dell'impresa e il fallimento*, «Il Dir. Fall.», 1974, I, págs. 125 y ss. Insiste sobre aspectos semejantes, en *La società commerciale como strumento di potere economico*, «Il Dir. Fall.», 1974, I, págs. 18 y ss.

(33) Para estas cuestiones me permito remitirme a un trabajo de próxima publicación sobre la Ley mencionada (en el libro homenaje al Prof. A. Polo).

*grupo*, son todas causas, que se dieron en la época madura de la actividad comercial, que se están produciendo en las presentes circunstancias y que se dieron igualmente con especial intensidad en el sector económico aquí considerado en la crisis de mediados del siglo pasado.

Entonces, en 1869, como ahora, en 1975, se planteaba una cuestión radical. No se trataba de corregir la legislación vigente en un punto concreto, de aclarar dudas interpretativas doctrinales, o de unificar dispares criterios de los Tribunales. No se intentaba perfeccionar, pues, la legislación vigente (34). Tampoco ahora es ésta la tarea a realizar (35). Se trata de hacer una *reforma innovadora*.

La crisis jurídica no se produce en el sector del derecho concursal<sup>1</sup> por «el defecto de funcionamiento de una norma determinada», sino «por la insuficiencia misma del sistema que se ocupa de problemas siempre más abstractos frente a la realidad efectiva» (36).

Dictado el CCom. de 1829 para regular la actividad de los empresarios individuales o de las sociedades de dimensiones relativamente reducidas, las normas de la quiebra eran impotentes para resolver los complicados problemas que arrojaban sobre los tribunales y sobre la sociedad de la época la crisis económica de las grandes y (relativamente) numerosas compañías de ferrocarriles. O, mejor dicho, las soluciones que podían hallarse mediante los habituales métodos de aplicación de las normas vigentes, basados en la subsunción y en el silogismo deductivo, eran valoradas por la sociedad como soluciones inadecuadas para los problemas existentes. Una vez más, la historia nos va a mostrar que cuando se supera el límite de elasticidad que poseen las leyes para adaptarse a nuevas situaciones mediante una interpretación cons-

(34) Como consecuencia del desarrollo de las empresas constructoras de los ferrocarriles, los institutos del entonces vigente Derecho concursal, contenido en el Código de comercio de 1829, eran absolutamente inadecuados para resolver el reto que les lanzaba la estructura financiera de la empresa constructora, las dimensiones de la empresa construida, la trascendencia pública de la prestación proporcionada a la sociedad con el transporte masivo a larga distancia y, «last but not least», las relaciones que, por su financiación, había mantenido el sector ferroviario con el sector de las compañías de crédito.

(35) La evolución de los hechos y el desarrollo económico ha producido una desconexión tal entre la realidad y la norma que el restablecimiento del normal funcionamiento de las instituciones exige una legislación de nueva planta, inspirada en nuevos principios, aunque, antes de generalizarse, acaso posea un carácter especial, de aplicación limitada al campo de actividad económica donde la transformación ha sido más rápida, más intensa y más profunda. La experiencia que se obtenga de la aplicación de esta normativa especial será el criterio que decida, en la evolución posterior de los hechos, si la legislación que surgió como una legislación especial, con un ámbito de aplicación limitado por la especialidad de su objeto, con la ruptura de los esquemas habituales y con respeto formal a los principios vigentes, ha de generalizarse marginando o desplazando la legislación clásica —invocada constantemente como los libros clásicos, pero, igual que éstos no son leídos, constantemente desconocida— o si, por el contrario, una vez desaparecidas las circunstancias excepcionales que la hicieron nacer, desaparece ella también, reducida a un mero episodio en el despliegue legislativo de una materia.

(36) RAGUSA MAGGIORE, en el *Manuale de Diritto fallimentare*, publicado en 1974.

tructiva, la norma queda obsoleta y tiene que ser sustituida por un nuevo acto del poder legislativo.

«La norma, como dice el ya mencionado especialista Ragusa Maggiore, se ha vaciado de su contenido y el supuesto fáctico regulado debe alcanzar su regulación por otra vía». En esta situación —y no olvidemos que el autor escribe refiriéndose al derecho concursal de nuestra época recogiendo elaboraciones más generales— aparece el recurso al *derecho libre* y, cuando éste se considera que atenta al principio de seguridad jurídica que debe realizar el ordenamiento mediante la delimitación estricta de los supuestos de aplicación de la norma, *se recurre a la promulgación de nueva legislación*, que, por la falta de experiencia histórica en la materia social legislada, se limita a la enunciación de los principios, dejando amplio margen a la discrecionalidad del órgano judicial para dar vida a las cláusulas generales mediante sus valoraciones.

«La realidad ha sustituido antiguas exigencias con nuevos instrumentos —es otra vez Ragusa Maggiore quien habla para describir la situación actual—, los cuales indican frecuentemente que todo lo que se había aceptado por un acarreo de la tradición a través de una actividad puramente hermenéutica de los textos no responde en modo alguno a la práctica».

*El legislador había de adoptar postura* ante los nuevos fenómenos, pronunciándose acerca de la aplicación o inaplicación de los institutos tradicionales a los nuevos fenómenos que había puesto de manifiesto el funcionamiento de las (entonces) grandes empresas nuevas.

*No se trata de una revisión formal* de las normas del Código de comercio, planteada como una cuestión de técnica legislativa. Está —y estaba— en juego la *total valoración* de todo el instituto del concurso —en sentido amplio— de acreedores, como pieza institucional que sirve de contrapeso sancionador al uso de la libertad de iniciativa económica que se atribuye a los individuos particulares, cuando por consecuencia de la marcha real de la economía se encuentran con que sus previsiones al frente de la empresa han sido desmentidas por la realidad económica, sumiendo a la empresa de la que son titulares en una crisis económica en la cual los acreedores no pueden ya cobrar lo que se les adeuda, bien de una manera definitiva, porque la empresa *carece de activo suficiente* para hacer frente a sus débitos, bien de una manera provisional, cuando la empresa *carecía de liquidez* para hacer frente al vencimiento de las deudas aun contando con bienes suficientes.

La conclusión —y sobre ella insiste Ragusa Maggiore— es la misma. «El derecho de quiebra es cada vez menos aplicable a la gran empresa y sus funciones se restringen continuamente, porque la intervención del Estado o las conexiones con intereses extraños a nuestro país han desnaturalizado el correcto funcionamiento económico de la gran empresa» (37).

(37) REGUSA MAGGIORE, *L'evoluzione dell'impresa e il fallimento*, cit., página 126.

Y, en el mismo sentido, W. Grunsky reconoce, en su Introducción a la ejecución forzosa y derecho concursal publicada en 1972 (38), que no puede desconocerse que la quiebra no constituye actualmente el freno adecuado para evitar que los particulares empleen su libertad económica en aventuras y especulaciones peligrosas. «La causa de esto consiste en que el empresario está sustraído del riesgo de quiebra a partir de cierto orden de dimensiones. Apenas es concebible que una gran empresa sea hoy declarada en quiebra. En caso necesario interviendría el Estado para salvar los puestos de trabajo (o para mantener la buena fama de la ciudad)». Las consecuencias es que a veces los errores económicos son asumidos por la administración económica e incluso, indirectamente premiados, originándose, como secuela, la concentración de poder económico, a través de las reestructuraciones y fusiones, objetivo rechazado explícitamente por la política económica materializada principalmente en la Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia. «El riesgo de eliminación de la empresa es inversamente proporcional a la complejidad de la organización empresarial» —dice Rojo— (39). En definitiva, el riesgo de ser declarado en quiebra se ha convertido así en un *privilegio de los pequeños*, dice irónicamente Grunsky. La gran empresa no quiebra o, al menos no se liquida y se deshace.

La invulnerabilidad de las grandes empresas a la quiebra tradicional, aparece reflejada exactamente ya en una famosa obra literaria, abundante en noticias económicas, de los años veinte. Soames, el protagonista de la segunda trilogía que continúa «La Saga de los Forsyte», de John Galsworthy, reflexiona sobre la función de las instituciones bancarias, y dice: «Aquellos grandes consorcios eran buenos para el crédito y malos para los novelistas. La «corrida» a un banco. ¡Imposible concebir mejor lectura! Aquellos monstruos del comercio no podían ir a la «banca», hicieran lo que hicieran sus clientes; con todo, Soames, no hubiera podido discernir si contribuían a la honestidad en el individuo...» (40).

La cuestión merecería una detenida discusión y análisis porque no puede desconocerse que la conservación de las grandes empresas tiene también sus aspectos positivos. Pero todos los aspectos positivos de esta política deben ser cuidadosamente valorados y puestos en relación

---

(38) GRUNSKY, *Einführung in das Zwangspflstreckungsrecht* (Tübingen, 1972), pág. 27.

(39) ROJO, *Notas para la reforma de la legislación concursal*, RDM, 1975 (137), págs. 509 y ss., con buena información bibliográfica (pág. 517). Sobre la reforma, v. los trabajos sobre el Anteproyecto de 1959, elaborado por el Instituto de Estudios Políticos, VACAS-MEDINA, *La nueva Ley concursal española*, Rev. Jur. Cataluña, 1959, págs. 615 y ss.; TORRES DE CRUELLS, *Nota crítica a un Anteproyecto de Ley concursal*, Rev. Jur. Cataluña, 1959, páginas 747 y ss.

(40) J. GALSWORTHY, *El canto del cisne* (Buenos Aires-Barcelona, Ed. Planeta, 1977), pág. 77. También V. GUYÓN, *Une faillite au début du XIX<sup>e</sup> siècle selon le roman de Balzac «César Burotteau»*, en *Etudes off. à A. JAUFRET*, (Aix-Marseille, 1974), págs. 377 y ss.

con los negativos, a fin de alcanzar una claridad de ideas y de directrices de política jurídica de las que, hoy, carece el legislador.

## II.—ENCUADRAMIENTO GENERAL

### A) *El estatuto del empresario y la utilización del crédito.*

El empresario moderno, heredero en la historia del comerciante medieval, está dotado de ciertos poderes jurídicos y sometido al cumplimiento de determinadas obligaciones profesionales que integran lo que se llama *estatuto general del empresario*. El empresario realiza una actividad de caracteres específicos, que atribuye a quien la realiza una especial posición jurídica de poder. La protección jurídica de esta posición se justifica por la función que el empresario cumple para la comunidad política donde actúa, bien como *organizador* de la producción de los bienes y servicios, bien como persona que *decide* y que *soporta* el riesgo inherente a la decisión (41).

La caracterización general del empresario, como sujeto de un especial acto complejo de características específicas y con una determinada función, ha sido tematizada en Italia por Fanelli, Ascarelli y Auletta, y en España por Uría (42). Como contrapeso a los poderes de decisión y de gestión del establecimiento mercantil que le corresponden, *está gravado por unos deberes*, tradicionalmente denominados obligaciones profesionales del comerciante —y, después, del empresario—: deber de contabilidad, de publicidad registral... Aquellos poderes —en sentido amplio— y estos deberes —igualmente en sentido amplio— constituyen lo que se llama el estatuto general del empresario.

Entre los deberes especiales que integran este estatuto general o común del empresario se encuentra el de *someterse a unos procedimientos* (43) *específicos cuando la empresa de que es titular el empresario atraviesa una crisis económica para satisfacer los intereses afectados por la crisis y, en su caso, intentar superarla*. Estos especiales procedimientos, extrajudiciales y sobre todo judiciales, destinados a liquidar la situación crítica por la que atraviesa la empresa con la mayor justicia para todos los interesados en la misma, son los procedimientos concursales en sentido amplio. Al estudio de su significado, de sus re-

(41) V. DUQUE, *Empresa y planificación*, en «Sindicalismo y política social» (Madrid, 1967). Con indicación bibliográfica, pág. 48.

(42) URÍA, *Derecho Mercantil*, desde la primera edición ha mantenido esta postura y explicitado las notas de este concepto.

(43) El concepto de procedimiento utilizado en esta ocasión es igual que el utilizado para caracterizar la empresa como actividad: sucesión de actos, de diversa naturaleza y contenido, con un fin común que permite tratarlos jurídicamente como si fueran una unidad, adscribiéndose un régimen jurídico peculiar y distinto del régimen de cada uno de los actos aisladamente considerados.

No se prejuzga, por tanto, el carácter procesal o no procesal de las instituciones concursales. Sólo se hacen afirmaciones sobre la estructura y concatenación de las formalidades de las instituciones concursales.



laciones y de su funcionamiento primordial se dedican estas consideraciones generales.

El comerciante —o, si se prefiere, el empresario— realiza su actividad de empresa mediante la celebración de variados actos y negocios jurídicos y, como consecuencia de los mismos, adquiere posiciones deudoras y acreedoras. Lo característico de este especial acto complejo que es la actividad del empresario radica en la *pluralidad de relaciones jurídicas que, en su aspecto activo y pasivo, confluyen en la titularidad del empresario.*

Estas operaciones son producto de la actividad sistemática y profesional del empresario. Por lo tanto, *los vencimientos de sus deudas se atienden, frecuentemente, con el producto de los créditos, con vencimientos sincronizados al de las propias deudas.* Cuando esto no suceda, es preciso *acudir al crédito*, concedido por instituciones crediticias, para financiar la actividad que desarrolla el empresario.

La invocación del crédito por el empresario para financiar su actividad y la sincronización de los elementos activos (créditos) con los pasivos (deudas) de su patrimonio pone de manifiesto la importancia que posee en el tráfico comercial e industrial el *puntual y completo cumplimiento de las relaciones jurídicas.*

El incumplimiento de un comerciante no repercute sólo en los elementos personales de la relación incumplida. Repercute mediatamente en la total esfera jurídica del deudor y del acreedor, y, por lo tanto, en la totalidad de los acreedores y deudores de los directamente afectados.

Mientras el deudor cumple, las relaciones en su conjunto se desarrollan normalmente y no se producen perturbaciones en el mundo económico.

*El incumplimiento aislado* puede ser remediado por las *acciones individuales* de los acreedores. Pero el *incumplimiento general* adquiere una gravedad mayor, puesto que la situación de incumplimiento se convierte en un *estado* del patrimonio. Las acciones individuales, sobre todo cuando los acreedores son numerosos, dejan de ser satisfactorias, puesto que cada uno de los acreedores actuando individualmente procurará obtener el pago de su crédito, sin cuidarse del pago de los demás. Los más diligentes, los más astutos en detectar la situación crítica del deudor o los más cercanos en afecto al deudor cobrarán sus créditos y agotarán el patrimonio deudor, con exclusión de los otros acreedores —acaso con mejor derecho por razón de prioridad temporal o de garantía preferente.

Para evitar estas situaciones de injusticia, el ordenamiento interviene para someter a *todo el patrimonio del deudor* a un tratamiento único y a *todos los acreedores* a un tratamiento jurídico conjunto que evite las desigualdades apuntadas.

Para ello se arbitran los procedimientos concursales, en los que el deudor es *desposeído* de su patrimonio (ocupación), se le *inhabilita* para administrarlo y para disponer de los bienes que lo integran (incapacitación, inhabilitación) y, al mismo tiempo, la facultad de admi-

nistración se entrega a unos *representantes* (síndicos) de los acreedores y del quebrado, que, bajo la *vigilancia* del órgano judicial y siguiendo las *instrucciones básicas* de las juntas de acreedores, se ocupan de *conservarlo* primero (administración), de *delimitarlo* mediante la reintegración y reducción y de comprobar la *existencia* de los créditos (reconocimiento de créditos), así como de *fixar su rango y preferencia* (graduación de créditos). Estas operaciones tienen como finalidad última la *liquidación del patrimonio del deudor*, mediante la enajenación de sus elementos, con las garantías previstas por la Ley, y su transformación en dinero que se *repartirá* entre los acreedores (división de la masa) observando el *principio de igualdad entre los de igual rango*. Simultáneamente se hace la *calificación de la conducta* del quebrado, a fin de determinar si actuó correctamente (quiebra fortuita), de una manera *negligente o descuidada* (quiebra culpable) o de una manera *fraudulenta* (quiebra fraudulenta).

El procedimiento concursal *puede terminar sin liquidación* del patrimonio, cuando los acreedores y el deudor acuerdan en un *convenio* que los créditos se satisfagan de manera distinta, con una quita (rebaña) o con un aplazamiento (espera) o con ambas cosas, o de otro modo (cesión del patrimonio a los acreedores; o traspaso a un tercero).

En el Derecho español vigente la *liquidación puede evitarse también si el deudor solicita con presteza la suspensión de pagos*, discutiendo previamente los términos del convenio para eliminar la liquidación y división del patrimonio (44).

## B) LAS INSTITUCIONES CONCURSALES DEL EMPRESARIO Y SUS RELACIONES

### 1) *Convenios extrajudiciales*

La dimensión constante del derecho concursal español es su oficialidad. El ordenamiento considera que el estatuto jurídico especial previsto para remover las crisis económicas de la empresa debe comenzar, desarrollarse y concluir por un cauce procesal de los previstos legalmente.

Este carácter va a repercutir directamente sobre la posibilidad de que se celebren *convenios extrajudiciales* entre deudor y acreedores. La severidad de las normas concursales impide, en opinión de Fairen (45) que se realicen fácilmente estos convenios. No obstante, parece que durante los últimos años «muchas suspensiones en cadena están siendo evitadas... por arreglos amistosos de despacho». El número de «suspensiones de despacho» que no llegan al juzgado es ahora

(44) Como se dice más adelante, lo importantes es señalar en este punto interrelaciones de conceptos y las grandes líneas que inspiran las instituciones concursales. La bibliografía no pretende ser exhaustiva, sino marcar los puntos en que se ha apoyado el discurso del autor.

(45) FAIREN, *Síntesis de Derecho procesal de insolvencia español*, cit., página 1, 7 y ss.

bastante más elevado de lo normal y es, en estos momentos, cuando se están produciendo las auténticas y más graves suspensiones de pagos, ya que afectan a empresas sanas y recuperables. Hasta ahora —continúa informando la revista económica de donde se toma esta información (46)— prácticamente casi todas las suspensiones no eran más que quiebras encubiertas» (47).

## 2) La quiebra

La solución central del sistema español está constituida por la *quiebra*. El sobreseimiento general o *cesación en los pagos* del comerciante, previa *petición* de éste o de algún acreedor, es *declarada y constituida por el juez*, abriéndose un procedimiento en el que se *califica su conducta*, se le *inhabilita* para administrar sus bienes y, a través de la acción de los órganos de la quiebra, se valoran y *venden todos sus bienes* para con su producto satisfacer, en la medida de lo posible y bajo el *principio de la par conditio creditorum a todos sus acreedores*.

No es preciso estudiar los problemas exegeticos que plantea esta descripción ni tampoco el detalle de las operaciones. Es suficiente estudiar los aspectos fundamentales que permitan hacerse cargo de la institución como conjunto. Para comprender cualquier mecanismo técnicamente complejo no es preciso estudiarlo en todas sus peculiaridades y detalles. Es suficiente *captar su sentido global* —como decía Ezra Pound, tratando de explicar sus posturas metodológicas en literatura: «no se nos pide que aprendamos de memoria la serie de piezas de un motor de volante lateral» (48). Tampoco aquí es necesario estudiar todas las cuestiones peculiares de la quiebra.

El *núcleo individualizador* del concepto de la quiebra consiste en el *estado económico crítico* en que se encuentra el empresario. Ha cesado de una manera general en sus pagos. No se trata del incumplimiento de una obligación, sino de una *conducta que revela el estado de su patrimonio para cumplir puntualmente y totalmente todos sus compromisos*.

(46) DOBLÓN, *cit.*

(47) Este dato confirma el argumento aducido durante la discusión de la Ley de 1922 para defender la postura de la Ley. Y es, por tanto, un dato, publicado con la solvencia de una revista económica prestigiosa y procedente de un despacho legal, que habrá que tener presente a la hora de valorar la realidad jurídica española en esta materia para tratar de ajustarla a la realidad económico-social de la vida de las empresas en la economía moderna.

Sobre la discusión, v. GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, *Aspectos históricos de la Ley de Suspensiones de Pagos*, una de las tres referencias que se pronunciaron con motivo del cincuentenario de la LSP organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, recogidas en Rev. Der. Proc. Ib., 1972, páginas 1001 y ss. V., además, la obra de ECHAVARRI VIVANCO y DE MIGUEL ROMERO, sobre la misma Ley, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos de 14 de septiembre de 1922* (Valladolid, s. d.).

(48) Introducción a EZRA POUND. Versiones de Carmen R. de Velasco y Jaime Ferrán. Barcelona, 1973, pág. 91.

Con carácter general, la situación económica del empresario es una situación crítica que se refleja sobre la totalidad del patrimonio.

Como ha puesto de relieve la doctrina —con relación a la quiebra, pero las mismas consideraciones son aplicables a la suspensión— el sobreseimiento *no es meramente incumplimiento*. Este es un hecho que afecta a una obligación. El sobreseimiento es un *estado o situación patrimonial* que tiene un alcance general en cuanto que afecta a todos los acreedores del empresario.

Este estado consiste en *incumplimientos reiterados* e importantes con relación al volumen patrimonial de la actividad del empresario. No se requiere, por lo tanto, un incumplimiento total de las obligaciones del empresario, pero sí un *incumplimiento relevante con relación al conjunto de sus deberes*.

La insolvencia es un *estado patrimonial*. Este estado hace *referencia directa al patrimonio* de la persona titular y no a los actos de esta persona. Consiste en la *impotencia para hacer frente a los débitos* que gravan sobre el mismo.

Así concebida es un concepto distinto del incumplimiento. El incumplimiento es un hecho propio de la persona. No presupone necesariamente la falta de bienes para satisfacer la obligación incumplida.

Para Bonelli, «la insolvencia es causa del incumplimiento, y éste, revelación de aquélla».

Si la *insolvencia es un modo de ser del patrimonio*, que no requiere que se manifieste en incumplimientos frente a obligaciones vencidas líquidas y exigibles, *el incumplimiento es un modo de ser del deudor*, que se manifiesta en una actitud negativa frente a una deuda actual líquida y exigible.

El estado del patrimonio, solvente o insolvente, será el criterio determinante para *regular y medir el grado de confianza* que en la vida económica merece un operador económico. Por ello, el grado de confianza debe ser el *resultado de un juicio valorativo*, cuyos elementos serán:

— *Los elementos activos del patrimonio*, cuyo valor supere al de los elementos pasivos.

— El *crédito* de que disfruta una persona en la vida económica.

Pero desde el punto de vista jurídico, la insolvencia es insuficiente para colocar a una persona en el estado de quiebra. *La incapacidad del empresario para pagar total o puntualmente todas sus deudas es el resultado de un juicio valorativo sobre una situación económica*. Esta función es muy delicada y la opinión general acerca de la situación patrimonial de un empresario no puede recogerse directamente por el órgano judicial ante el que se plantea una demanda de quiebra. Pero es igualmente peligrosa e insegura atribuir facultades de valoración al órgano judicial. Por estas razones, *el concepto económico de insolvencia se completa con la nota de exteriorización*, convirtiéndose así en un concepto jurídico, cuya aplicación no puede dañar la garantía exigible en la actividad económica.

La E. de M. del CCom. vigente no es concluyente. Parece inclinarse

por el sistema francés, pero de sus afirmaciones pueden extraerse igualmente argumentos en sentido contrario.

En efecto, el legislador comienza contraponiendo el sistema italiano, basado sobre la absoluta insolvencia del comerciante cuyo pasivo excede del activo, al francés —para el que lo decisivo es que el comerciante deja de pagar sus obligaciones temporal o definitivamente, equiparando la suspensión de pagos a la cesación o sobreseimiento de ellos— y al belga, cuya peculiaridad consiste en que reconoce un estado preliminar para el comerciante que suspende sus pagos en beneficio de éste y de sus acreedores.

La E. de M. declara paladinamente que de estos tres distintos sistemas, el Proyecto —esto es, el CCom. vigente— adopta sustancialmente el último, esto es, el belga. Por lo tanto, en último extremo, el francés de la cesación de pagos, con la modificación de que introduce la institución previa de la suspensión de pagos.

Pero un poco más adelante, y en el mismo contexto, distingue entre «la posición desgraciada del que se encuentra imposibilitado de satisfacer sus deudas» y «el estado intermedio» de la suspensión de pagos —intermedio entre la quiebra y el cumplimiento normal—. Según la propia E. de M., se ha reservado la denominación de quiebra para la primera situación, y ésta comprende a «todo el que sobresee o cesa definitivamente en el pago corriente de sus obligaciones». Es decir, al contraponer cese definitivo e (implícitamente) cese temporal, parece volver a la insolvencia como presupuesto objetivo de la declaración de quiebra.

Para reflejar la situación actual de la doctrina española, conviene detenerse en las últimas posturas doctrinales que, recogiendo aportaciones anteriores, han intentado revalorizar el concepto de insolvencia.

La doctrina española ha discutido acerca del contenido que haya de darse al sobreseimiento o cesación general en los pagos. Con la finalidad de establecer un sistema simétrico, el sector doctrinal más numerosos —representado por Garrigues (49), Ramírez (50), Sánchez Calero (51) y Broseta (52)—, interpreta el sobreseimiento como *insolvencia*, esto es, como *desbalance* en el sentido de que el deudor tiene un *pasivo superior a su activo* y, por lo tanto, su patrimonio, por falta de bienes, no puede cubrir todas sus deudas. La cesación de pagos es un síntoma de la insolvencia.

La equiparación de la insolvencia al sobreseimiento se basa en precisos textos legales. En efecto, el artículo 886 CCom. estima equivalente las palabras quiebra e insolvencia, y en el mismo sentido se manifiesta el artículo 170 LSA.

Externamente, se manifiesta en la cesación del servicio de caja.

Ramírez, que como Garrigues, arranca de la identificación de so-

(49) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II (Madrid, 1974, 6.ª ed., revisada con la colaboración de F. Sánchez Calero), págs. 388 y ss.

(50) RAMÍREZ, *La quiebra*, cit. I, págs. 592 y ss.

(51) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, cit., págs. 478 y ss.

(52) BROSETA, *Manual de Derecho mercantil* (Madrid, 1974, 2.ª ed.), páginas 629 y ss.

breseimiento con insolvencia, estima que esta insolvencia debe exteriorizarse en determinados hechos que evidencian la cesación definitiva de los pagos.

La postura que puede estimarse definitiva es que «la insolvencia determinante de la quiebra no es más ni menos que la *insuficiencia definitiva de un activo para extinguir el pasivo en su contra*; por lo que sólo se da tal circunstancia cuando el activo de un comerciante-deudor es definitivamente inferior a su pasivo» (53).

Sánchez Calero estima que el presupuesto objetivo de la quiebra es la insolvencia. La cesación de pagos es una simple manifestación de ésta. La insolvencia es para Sánchez Calero «la incapacidad del empresario para hacer frente a los pagos», siempre que sea *grave y definitiva*, no parcial o transitoria. Por esta razón, el desbalance no puede estimarse, sin más, como insolvencia, pues el deudor puede acudir al crédito y superar su estado, por lo que no procederá a la declaración de quiebra, ya que la insolvencia no era definitiva (54).

Recogiendo los argumentos utilizados para mantener esta postura, Broseta considera que el presupuesto objetivo de la quiebra es la *insolvencia definitiva manifestada externamente*.

La situación de insolvencia concebida ampliamente comprende la situación del deudor que *no puede pagar a ningún acreedor*, la del que *puede pagar a unos y no a otros*, la del que *puede pagar todas las deudas parcialmente y, en fin, la de quien puede pagar íntegramente sus deudas pero en un momento distinto a su vencimiento*.

La insolvencia, pues, abarca tanto la *insolvencia provisional* como la *insolvencia definitiva*. Esta última se produce cuando el valor de los bienes del deudor no son suficientes para cumplir íntegra y puntualmente todas las deudas del quebrado.

Conforme a esta afirmación se deducen dos consecuencias:

1. Cuando el deudor posee bienes suficientes para pagar, no hay insolvencia.

2. Cuando el valor de los bienes es inferior al importe de las deudas no se produce todavía la insolvencia si el deudor puede recurrir al crédito y evitar en consecuencia que su situación definitiva trascienda a terceros (55).

En definitiva, «lo verdaderamente relevante es la manifestación o la exteriorización de la insolvencia del deudor».

Los argumentos para interpretar el sistema del CCom. en el sentido expuesto son los siguientes:

a) El artículo 874 no establece el presupuesto objetivo de la quiebra, sino meramente indica un *supuesto de hecho* del que normalmente cabe inferir que el deudor que incumple está en situación de insolvencia. Por esta razón, el mencionado artículo 874 establece una presunción *iuris tantum* de insolvencia cuando dice que «se considera en estado de quiebra...».

(53) RAMÍREZ, *La Quiebra*, I, pág. 605 (el subrayado del autor).

(54) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, cit., pág. 461.

(55) BROSETA, *Manual*, cit., págs. 576-577.

b) Los principios de economía procesal imponen que los acreedores no puedan acudir al procedimiento de quiebra mientras puedan obtener la satisfacción de sus créditos por las vías normales de ejecución, es decir, mientras el deudor tenga bienes suficientes para cumplir íntegramente todas sus obligaciones.

c) Los graves efectos que tiene la declaración de quiebra para el deudor, para los acreedores y para algunos terceros de buena fe (en caso de retroacción) aconsejan reservar la quiebra para supuestos graves de insuficiencia.

d) Aplicar la quiebra a un deudor con bienes suficientes para pagar *puede dar lugar a situaciones de injusticia* si el crédito o créditos insatisfechos no son de una cuantía relativamente pequeña con relación al total del patrimonio del deudor.

e) El artículo 1.026 del CCom. 1829 impide la declaración de quiebra mientras manifieste o se hallen bienes libres que puedan ser embargados para satisfacer a los acreedores.

La comparación del tema aquí analizado con el artículo 1.913 Código civil puede inclinar al intérprete a admitir que el presupuesto de la quiebra es también exclusivamente la insolvencia.

Las objeciones que cabe hacer a la doctrina que identifica el sobreseimiento con la cesación son las siguientes:

— El artículo 876, 1.º está revelando una situación de insuficiencia patrimonial: la quiebra sólo procede cuando del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago; y esta interpretación se corresponde con el antecedente del artículo 1.026 CCom. 1.829, donde la quiebra no se declaraba mientras el deudor manifieste o se le hallen bienes disponibles sobre que trabar las ejecuciones

Por otro lado, el artículo 877 CCom. no puede verse como una determinación presuntiva de la cesación general de los pagos, por la sencilla razón de que la *situación base —fuga, ocultación...—, lleva directamente, sin necesidad de presumir, a la imposibilidad de pagar*. Por lo tanto, la presunción tiene que referirse a otra situación distinta a la cesación, y ésta no puede ser otra que la de un desarreglo profundo.

Igualmente, en el plano exegético el artículo 887 hace referencia a una situación de *imposibilidad material de pagar* cuando define la quiebra fortuita como situación que sobreviene al deudor por consecuencia de infortunios que reduzcan el capital hasta el extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas.

Y, pasando de una consideración interpretativa a una dimensión exegética, resulta que las consecuencias que se derivan de la tesis como cesación material de pagos *guardan escasa congruencia con la estructura del proceso de quiebra como proceso de ejecución colectiva*. En efecto, no tendría objeto seguir todo el complicado procedimiento para resolver una situación en que la cesación se produjera por simple capricho o por motivaciones extraeconómicas —hipótesis extraña, pero que pone a prueba la tesis—. Y por otro lado, no sería posible decla-

rar la quiebra por el hecho de un solo incumplimiento no por una serie de pagos fragmentarios.

La dirección opuesta, representada principalmente por Uría (56) considera que la *cesación general en los pagos abarca tanto la imposibilidad patrimonial de pagar por falta de bienes suficientes como por cualquier otra* —p. e., iliquidez.

Como postura intermedia se encuentra la de Vicente y Gella (57), para el cual existe en el Derecho español una *situación básica* de cesación general de pagos —igual que en el sistema francés— que después *se exterioriza o concreta en una serie típica de actos de quiebra* —como en el Derecho inglés— enumerado en el CCom.

La posición de Vicente Gella —cuya individualidad es pasada frecuentemente por alto—, parece haber inspirado las opiniones de algunos autores recientes.

Parte Vicente Gella del hecho de que la insolvencia existe cuando el comerciante no cumple a sus vencimientos las obligaciones que le incumben. Por lo tanto, cuando tiene bienes suficientes para atender el pago pero el día de su vencimiento no lo hace, también hay insolvencia, pues para el acreedor es tan esencial el que se le pague puntualmente como que se le pague la totalidad de su crédito.

El enfoque general que acaba de indicarse se concreta cuando el autor interpreta el artículo 874 CCom. En su opinión el CCom. se asemeja al Código francés cuando considera en quiebra el comerciante que sobreesee en el pago de sus obligaciones. Pero este punto de vista general se completa después, ya que el CCom., al declarar los casos en que se admite la acción de los acreedores, puntualiza el alcance del principio del sobreseimiento e, indirectamente, viene a adoptar un criterio que se asemeja al de los actos de quiebra, o sea, supuestos externos que dan lugar a su declaración. En definitiva, el Derecho español ha establecido, según Vicente y Gella, un *sistema mixto*, que arranca originalmente del sistema francés, pero que se completa con la aportación casuística del Derecho inglés.

Si la fórmula del artículo 874 CCom. se interpreta en el sentido de que la declaración de quiebra requiere la insolvencia en el sentido de insuficiencia del activo para cubrir el pasivo, queda *equiparado, en este punto, el mencionado precepto con el artículo 1.913 Código civil*, donde, al establecer los presupuestos del concurso, se dice que «el deudor cuyo pasivo fuere mayor que su activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, deberá presentarse en concurso».

Conforme a este precepto, el juez ante quien se presente una demanda para declarar al no comerciante en estado de concurso de acreedores, tendrá que comprobar no sólo que ha habido una interrupción de la satisfacción normal de las obligaciones corrientes, sino que, además, el activo es inferior al pasivo. Pero hay razones que justifican un tratamiento distinto en el terreno de la quiebra.

(56) URÍA, *Derecho mercantil* (Madrid, 1975, 10 ed.).

(57) VICENTE GELLA, *Curso de Derecho mercantil comparado* (Zaragoza, 1960, 4.ª ed.), págs. 703 y ss.



La *razón de la diferencia* puede consistir en que el concursado deudor en quien no concurre la cualidad de empresario, no puede acudir normalmente al crédito como medio para financiar el desbalance de su patrimonio, puesto que, por hipótesis, carece de una fuente productiva de la cual obtener los recursos necesarios para reintegrar el crédito que le haya podido servir para enjugar un déficit transitorio.

Recientemente Suárez Llanos ha ensayado una construcción que pretende superar las objeciones que se han dirigido las posturas doctrinales sostenidas hasta ahora en la doctrina española.

Para Suárez Llanos (58) el presupuesto central es un estado de impotencia patrimonial insanable, exteriorizado o manifestado externamente en las situaciones previstas típicamente por el ordenamiento.

La argumentación de Suárez puede sintetizarse en los siguientes puntos. La consecuencia lógica de una situación de desbalance es una cesación de pagos. Pero la afirmación inversa no es exacta, porque una cesación de pagos puede estar causada por una situación distinta al desbalance. Por esta razón no parece lógico sustituir la cesación de pagos por la insolvencia.

El centro de gravedad del sistema legal es la cesación de pagos y no el desbalance. La insolvencia debe abarcar, por lo tanto, *todas las situaciones en que se halla un patrimonio que resulta impotente para hacer frente a sus obligaciones*. Esta impotencia puede obedecer a una *situación de insuficiencia* o a una situación de iliquidez. La insolvencia abarca, pues, tanto la *insuficiencia patrimonial* como la imposibilidad de pagar puntualmente por *falta de liquidez*. Pero este presupuesto objetivo de impotencia patrimonial ha de estar *exteriorizado* y dotado de una *cierta estabilidad*. En definitiva, para Suárez Llanos el presupuesto de quiebra es un estado de impotencia patrimonial insanable exteriorizado o manifestado externamente por los medios previstos en el ordenamiento.

El punto débil de la tesis que identifica la quiebra con la insolvencia es el artículo 874. Para salvar el escollo representado por este precepto, se degrada la cesación de pagos a mero síntoma de la insolvencia. Por lo tanto, cuando hay cesación de pagos no puede procederse a declarar la quiebra si no hay insolvencia.

En esta identificación Suárez denuncia un salto lógico en la interpretación. La consecuencia lógica de una insolvencia como insuficiencia es la cesación general de pagos. Pero —como se ha dicho— no es lógico afirmar que la cesación de pagos tenga como única causa la insuficiencia patrimonial. Una cesación de pagos puede tener otra causa. En todo caso, la insolvencia habría de tener, pues, un ámbito más amplio que el que le atribuye la doctrina tradicional.

Por lo tanto, no es admisible, sin más, que se revoque la quiebra del comerciante que ha sobreesido pero que es solvente, porque *el estado crónico de iliquidez está equiparado al desbalance*.

En definitiva, el concepto de insolvencia que utiliza la doctrina para

---

(58) SÁNCHEZ LLANOS, *El estado de insolvencia* (Santiago de Compostela, 1970), *passim*.

identificar insolvencia y desbalance es consecuencia de una apresurada e incompleta generalización de uno de los varios conceptos legales que emplea el derecho positivo.

La posición de Suárez Llanos es más compleja. La fórmula sintética que utiliza para caracterizar el sobreseimiento es igual a la insolvencia del patrimonio. Esta es un estado del patrimonio del deudor en virtud del cual éste resulta impotente para hacer frente a sus obligaciones. Pero la impotencia patrimonial no se identifica con la insuficiencia de bienes, sino que abarca las situaciones de iliquidez. Estas dos situaciones patrimoniales constituyen el sustrato material de la quiebra. *Pero la existencia del sustrato material es insuficiente para declarar el sustrato material de la quiebra.* Es preciso, además, que la impotencia patrimonial se exteriorice externamente y además, que tal estado sea *insanable*. La nota decisiva, la diferencia específica del sobreseimiento que produce la quiebra es el carácter *insanable de la situación, la permanencia en el tiempo.*

Después de la reforma de la Ley de 1922 la insuficiencia patrimonial puede resolverse a través de la suspensión de pagos: la insolvencia definitiva. Antes de la Ley de 1922 los artículos 870 y 871 CCom. (modificados por la Ley de 10 de junio de 1897) impedían que la suspensión de pagos fuera utilizada por aquellos comerciantes que no poseyeran bienes suficientes para pagar todas sus deudas. La rigidez de esta norma separaba la imposibilidad de pagar las deudas aun teniendo bienes suficientes, que se liquidaban a través de la suspensión, y la imposibilidad de pagar la totalidad de las deudas que habría de arreglarse a través de la quiebra.

Mas como se verá más adelante, este esquema rígido se rompe con la Ley de 1922 y el centro de gravedad del sistema pasa a la negociabilidad de la situación. Es el suspenso y, en caso de insuficiencia, los acreedores quienes aprecian si la imposibilidad es transitoria o no lo es.

En definitiva, presupuesto objetivo es el mismo en la quiebra y en la suspensión. Pero para la admisión del primer supuesto se exige una cualificación ulterior, su carácter definitivo.

Desde el *punto de vista de la política jurídica*, la pregunta a la que se contesta cuando se cuestiona la amplitud del concepto de insolvencia es la siguiente: ¿Hasta qué punto está protegido el interés de los acreedores? Es decir, la quiebra, ¿protege el interés del acreedor a un pago puntual? O, por el contrario, ¿protege tan sólo el interés del acreedor a un pago total y completo de su crédito?

Si se estima esto último, el estado que desencadene la declaración de quiebra será la insolvencia como impotencia patrimonial para pagar la totalidad de las deudas. Si, por el contrario, se estima que *el interés del acreedor ha de protegerse más allá de su interés al cobro íntegro*, ha de protegerse su *interés al pago puntual* de su crédito, entonces la quiebra debe declararse tan pronto como existe una cesación general en los pagos del deudor.

En realidad, ante la disparidad de las opiniones formuladas por la doctrina española basta señalar que la interpretación de sobresei-

miento como cesación general de los pagos, cualquiera que sea su causa, *protege más ampliamente el interés de los acreedores*, ya que no solamente es protegido su interés a cobrar íntegramente sus créditos, sino, además, a cobrar puntualmente —aspecto éste que tiene gran interés en el tráfico mercantil—. El acreedor no se satisface con que el deudor pruebe que tiene medios suficientes para pagar, sino con la prueba de que se encuentra al corriente de sus deudas vencidas y que, por lo tanto, puede pagarle todo su crédito al vencimiento previsto. Con esta interpretación se evita también una situación peligrosa para los acreedores al prolongar en el deudor la situación de impagos acumulados mediante el recurso excesivo al crédito alcanzado por medios ruinosos o, al menos, demasiado onerosos en la concesión, con el riesgo de que se produzcan situaciones injustas (59).

Según la E. de M. del CCom. 1885 «la legislación de quiebras tiene por objeto impedir que los comerciantes abusen del crédito, que es el alma del comercio, y que comprometan irreflexivamente los capitales ajenos y el comerciante que no paga al corriente sus obligaciones particulares porque carece de fondos, quebranta su crédito en el mero hecho de hacer público que no tiene recursos para cubrir las necesidades más ineludiblese de su vida; lo cual acusa además un grave trastorno en la marcha de sus negocios mercantiles, que trae consigo necesariamente la imposibilidad de pagar las obligaciones procedentes de los mismos».

En este texto de la E. de M. aparece bien patente la idea de que el sobreseimiento tiene como contenido la falta de pago puntual de las obligaciones. Referido a las obligaciones de origen civil de los comerciantes, con mayor razón habrá de aplicarse el mismo tipo de razonamiento a los incumplimientos referentes a deudas mercantiles propiamente tales.

También la jurisprudencia del T. S. se ha inclinado a admitir esta postura, ya que las sentencias que se han ocupado de esta cuestión han declarado que el comerciante ha de probar que se halla al corriente en el pago de sus obligaciones para que se revoque la declaración de quiebra (SS. T. S. 24 de marzo de 1885, 4 de octubre de 1905, 26 octubre 1907) o que el acreedor sólo tiene que probar que el comerciante cuya declaración se pide ha sobreseído de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones (SS. T. S. 4 de junio de 1929, 27 de febrero de 1865).

Como evidencian las opiniones doctrinales que se acaban de exponer *el concepto de insolvencia es diluido* por la doctrina en varias direcciones.

En primer lugar, excluyendo la insolvencia cuando el deudor, a pesar de la insuficiencia de su activo, *paga a los acreedores utilizando los medios que se ha procurado invocando el crédito*. Mientras el deudor *inspira confianza* como titular de una actividad productiva se con-

---

(59) La opinión sustentada en el texto debe, sin embargo, matizarse teniendo en cuenta principalmente el juego del crédito de que dispone—o puede disponer—el empresario en situación crítica.

sidera que es sujeto solvente. Una manifestación del crédito y de la confianza de que goza un deudor es el *convenio extrajudicial* que realiza con sus acreedores por virtud del cual convienen en que no reclamarán las deudas en un plazo determinado. Ahora bien, la insolvencia desaparece en este supuesto, no por aumento del activo, sino por desaparición (temporal) del pasivo.

Por lo tanto, el crédito es un componente del patrimonio del empresario. Como señala Ferrara, la valoración de este elemento es una valoración prioritaria en la práctica, por lo cual la insolvencia no es meramente la insuficiencia de bienes para atender al pasivo, sino, de forma más compleja, esta *insuficiencia y, simultáneamente, la carencia de créditos para procurarse los bienes necesarios*.

Nótese que *la utilización excesiva del crédito combinada con la inversión inadecuada* de los recursos obtenidos por este medio, puede llevar al empresario a una insostenible situación de *endeudamiento*, que desemboque en una crisis económica sólo resoluble mediante los oportunos institutos —judiciales o extrajudiciales— del derecho concursal. La valoración del crédito y de su empleo —p. e., en el inmovilizado— puede ser decisiva en la valoración de la existencia de la crisis económica que afecta a su empresa y, ulteriormente, en la calificación de la posición del empresario en la causación de la misma. Por esta razón, en la actualidad son muy frecuentes las *crisis de liquidez*: la empresa ha crecido mediante la obtención de créditos de terceros y los ha inmovilizado en las instalaciones de la empresa, confiando en que al vencimiento del crédito podrá prorrogar la concesión, consolidando lo que era un crédito a corto o medio plazo en un crédito a largo plazo. La empresa es *solvente, pero no puede pagar*.

Por otro lado, la doctrina que considera la insolvencia como núcleo de la quiebra *incluye en su concepto los medios en que ésta se manifiesta* con tal intensidad que Ferrara, p. e., concluye afirmando que el presupuesto de la quiebra no es realmente la insolvencia, sino la *manifestación de la insolvencia a través de algunos de los medios legalmente establecidos*. La insolvencia ni siquiera puede investigarse directamente porque implicaría una invasión en la esfera privada del empresario, que constituiría un atentado a la libertad individual y al secreto de los negocios. Y por otro lado, en la vertiente práctica tendría repercusiones muy graves sobre las relaciones de crédito y podría ser causa de abusos.

Pero de una manera correlativa, también el *concepto de cesación de pagos ha experimentado ciertas dulcificaciones* por influencia de la noción de insolvencia. La cesación de pagos, como situación patrimonial de simple suspensión era demasiado rígida y la jurisprudencia y la doctrina francesa han intentado una serie de distinciones.

En primer lugar, la cesación material de pagos no es según la jurisprudencia francesa necesaria. Es suficiente para la declaración de quiebra que *el empresario se encuentre en una situación desesperada, sin salida o definitivamente comprometida* caracterizada por la utilización de medios fraudulentos o ruinosos que pretenden prolongarla indefi-

nidamente. A partir de estas afirmaciones la jurisprudencia ha construido un *concepto económico de la cesación de pagos* más complejo que el simple concepto jurídico que se deduce de los textos legales. El concepto económico desplegó su eficacia primeramente para determinar la fecha en que el órgano jurisdiccional consideraba que se había producido realmente la cesación de pagos y, por lo tanto, el comienzo del período sospechoso. Pero en una evolución posterior, ha ido más allá y ha declarado que la cesación material de los pagos no era necesaria para declarar la quiebra, bastando una situación desesperada, *de la cual fuera índice el impago de una deuda, suficientemente importante, aun cuando no tuviera carácter mercantil* —como sucede con la deuda fiscal (60).

La doctrina admite generalmente la *distinción entre presupuestos objetivos de la quiebra y modos de manifestarse la quiebra*, y éstos tendrán más importancia cuanto más difícil sea de comprobar la existencia del presupuesto objetivo al que se conecta la existencia de la quiebra. Por esta razón, los autores que consideran que la insolvencia es el presupuesto objetivo de la quiebra en el Derecho español, estudian a continuación los modos de manifestarse la quiebra.

Si es el deudor quien solicita la quiebra parece que la declaración del deudor será suficiente para estimar que el deudor es insolvente, pues nadie mejor que el deudor puede conocer la situación de su patrimonio.

Pero si son los acreedores quienes solicitan la declaración de quiebra, el CCom. presume la existencia de quiebra cuando se alega y se prueba uno de los hechos siguientes:

1. Despacho de embargo contra el deudor sin que se le encuentren bienes suficientes para el pago: art. 876, 1, CCom.
2. Sobresimiento general en el pago corriente de sus obligaciones: art. 876, 2.
3. No presentación de la proposición de convenio en el plazo del artículo 872: 876, 2.
4. Fuga u ocultación del comerciante sin haber dejado representante que en su ausencia cumpla sus obligaciones: 877.

Incluso cuando se ha iniciado un expediente de suspensión puede el empresario ser declarado en quiebra en los siguientes casos:

1. Incomparecencia del deudor a la junta de acreedores: 13, 2, LSP.
2. Falta de quorum en la junta: 13, 4 —STS 4 marzo 1929.
3. No aprobación de la proposición de convenio por falta de mayoría: 15, 2.
4. En caso de insolvencia definitiva, si los dos quintos del total pasivo pidieron la quiebra: 10, 1.
5. Incumplimiento del convenio: 17, 4.

---

(60) Es un tema que ha sido especialmente tratado en el Derecho francés y que, por la magnitud de estas obligaciones, tiene una gran importancia en la estructura del balance de la empresa.

6. No celebración de la junta general ratificando la petición de suspensión hecha por el consejo de una sociedad: 2, 5.

Parece que, como *conclusión* del análisis de las opiniones doctrinales emitidas hasta ahora, podemos fijar los siguientes puntos:

1. El presupuesto objetivo de la quiebra es la *cesación material de los pagos*, entendido como estado general que afecta a todos los créditos.

2. El juez, por lo tanto, no puede investigar si el deudor posee bienes suficientes para pagar, sino tan sólo *si paga* los créditos vencidos o si, por el contrario, deja de pagar de una manera general.

3. Es ineficaz que el deudor aduzca que tiene bienes suficientes para pagar, porque para impedir la declaración de quiebra o para revocar la quiebra declarada lo que tiene que probar es que *está al corriente en el pago de las obligaciones*.

4. El criterio de la cesación de pagos viene, sin embargo, a ser modificado por el hecho de que en los supuestos en que el deudor pague, si los medios de pago proceden del crédito, habrá que averiguar si, pese a seguir pagando, carece de medios normales de pago, ya que para mantener una apariencia de pago ha recurrido a medios ruinosos para procurar esos medios de pago. La retroacción de la quiebra será un medio para corregir estas consecuencias una vez declarada la quiebra, pero incluso antes, para proteger el interés de los acreedores, si éstos lo solicitan debe declararse la quiebra sin esperar a que ésta se manifieste a través de un sobreseimiento.

5. Estas conclusiones son válidas en tanto en cuanto el deudor no ha solicitado suspensión de pagos, antes de que los acreedores hayan pedido su quiebra, y si la insolvencia es definitiva, los acreedores no se oponen a la continuación de la suspensión (61).

### 3) La suspensión de pagos

La otra institución básica en el Derecho español es la suspensión de pagos. Introducida en el CCom. de 1885 como un *estado intermedio entre la total solvencia y la cesación general de los pagos*, encuentra sus antecedentes legales en los atrasados de las Ordenanzas de Bilbao y los quebrados de primera clase en el primer CCom. de 1829, así como en la Ley especial de 12 de noviembre de 1869 para las suspensiones de pagos y quiebras de compañías de ferrocarriles y demás obras públicas.

El arranque histórico de la institución se encuentra en una situación caracterizada objetivamente porque el deudor *posee «bastantes bienes para pagar a todos sus acreedores»*, y, subjetivamente, porque esta situación se debe a *accidente*, pudiendo hacer el pago a los acreedores *después de una breve espera o dilación*, concedida por éstos mediante el *convenio* oportuno.

(61) Vid. más adelante sobre estas cuestiones, justificando analíticamente un punto de vista expuesto ahora de forma apodíctica.

Esta posibilidad del deudor se considera como un *privilegio del deudor* que le permite escapar a las graves consecuencias de la quiebra, evitando las sanciones penales, la inhabilitación para comerciar y la liquidación final de su patrimonio. Es, como dice Dalhuisen (62) *una dulcificación de la tradicional severidad de la quiebra en la que también están interesados los acreedores.*

En la actualidad la suspensión de pagos no es un estado intermedio entre la solvencia y la quiebra, considerada como insolvencia o desbalance. Es un *estado preliminar de la quiebra* (63) que, en determinadas situaciones, va a eliminar la quiebra, convirtiéndose ésta en una *quiebra abreviada*. En efecto, el *presupuesto de la quiebra y el presupuesto de la suspensión son iguales*: la imposibilidad de pagar, bien sea por *carecer de bienes suficientes (insolvencia definitiva)*, o por *carecer de liquidez (insolvencia provisional)*. Si en la *fase previa* entre la solicitud de la suspensión de pagos (propuesta anticipadamente por el deudor) y la declaración judicial definitiva, *la insolvencia definitiva desaparece* o, aun sin desaparecer, *los acreedores no se oponen en número suficiente*, la insolvencia definitiva se transforma en provisional y se sigue el procedimiento de suspensión para alcanzar un convenio que evite la quiebra y, en último extremo, la liquidación.

La *suspensión potestativa del deudor* permite, por lo tanto, encontrar un arreglo entre los acreedores y el deudor común que, sin consumir los trámites de la quiebra, evite la liquidación de la empresa.

Por otro lado, si los acreedores no admiten el convenio del deudor, aunque la situación del deudor sea de mera iliquidez o insolvencia temporal o provisional, habrá que acudir a la quiebra para solventar dicha situación.

A la vista de esta situación puede afirmarse que la doctrina española ha terminado por admitir, acaso unánimemente, que la insolvencia como desbalance puede tramitarse en las condiciones que más adelante se especifiquen como suspensiones de pagos. Pero no ha sido admitido con la misma generalidad que la iliquidez pueda tramitarse normalmente por la vía de la quiebra. Es decir, para la doctrina dominante, *la insolvencia es presupuesto de la quiebra y (condicionadamente) de la suspensión de pagos, pero la iliquidez sólo puede abrir la suspensión y no la quiebra.*

#### 4) *La administración judicial de empresas embargadas*

Por el Decreto de 20 de octubre de 1969 se ha dictado una disposición que permite la administración judicial de las empresas embargadas, que, a través de la conservación de la empresa exigida por el interés general, satisfaga a los acreedores. La institución surgida como

---

(62) DALHUISEN, *Compositions in Bankruptcy* (Leiden, 1968).

(63) Es lugar común en la doctrina española y no requiere mayores puntualizaciones.

consecuencia de un caso concreto de la vida económica española, no tiene carácter general, y sólo se aplica cuando los acreedores o el deudor renuncien a la quiebra o a la suspensión (64).

5) *El carácter material o procesal de las instituciones concursales*

Es doctrina generalizada que el Derecho concursal pertenece al Derecho procesal. Ultimamente, Guasp (65) ha insistido y razonado esta adscripción. La quiebra es, «por su naturaleza», una institución procesal y no una institución de Derecho privado. «La llamada naturaleza mercantil de la quiebra es sólo un error arraigado de la época en que el Derecho procesal era mero apéndice adjetivo del Derecho privado».

La división de las normas atinentes a la quiebra en el C. Com. y en la L. E. Civ. no es más que «una dualidad muy censurable, pero que no es nada insólita dentro de la deficiente ordenación sistemática de nuestros problemas procesales».

En la misma dirección, entre los mercantilistas, Rubio (66) ha insistido en que el Derecho concursal constituye Derecho procesal y «sólo por inercia continúa en el articulado de algunas leyes comerciales». En último extremo, Rubio apoya «la separación legislativa doctrinal y didáctica del derecho de quiebras..., doblemente exigida por la unidad del Derecho privado y por la unidad conceptual del proceso» (67).

Una mitigación de esta tesis es la constituida por el «bifrontismo». Expresada por la E. de M. del C. Com. vigente, ha sido mantenida, sobre todo, por Garrigues (68) y por Broseta (69) y, de una manera más matizada por Uría (70) y por Sánchez Calero (71). Esta postura —que también ha sido seguida en el proyecto de ley de concursos elaborado en la década de los 50 por el Instituto de Estudios Políticos— supone que el Derecho concursal tiene una parte declaratoria de derechos que pertenece al Derecho material o sustantivo, mientras que otra parte pertenece al Derecho procesal, y que indica los cauces a seguir para actuar los derechos y los deberes de deudor común y acreedores en el supuesto de crisis económica.

No es fácil decidir cuándo una norma es sustantiva o procesal. La

(64) Así, SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, cit., pág. 509, y también BROSETA, *Manual*, cit., págs. 681 y ss.; VERGEZ SÁNCHEZ, *La administración judicial de empresas emibargadas*, RDM, 1978, pág. 293 y ss.

(65) GUASP, *Derecho procesal civil II* (Madrid, 1968, 2.ª ed., págs. 321 y ss.). Ultimamente se ha ocupado de esta cuestión, con intensidad y acopio de datos, CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Aproximación al proceso de declaración de quiebra*, RDM, 1977, págs. 461 y ss.

(66) RUBIO, *Sainz Andino y la codificación mercantil* (Madrid, 1950), páginas 20 y 21.

(67) RUBIO, *ob. y loc. cit.*

(68) GARRIGUES, *Curso*, cit., II, págs. 376 y ss.

(69) BROSETA, *Manual*, cit., pág. 621.

(70) URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pág. 788.

(71) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., pág. 477.



distribución legal actual no es, en ocasiones, correcta. Cualquiera que sea el lugar en que se encuentre una norma, habrá que decidir si pertenece al Derecho procesal o al Derecho sustantivo por razón de la relación donde produzca directamente los efectos.

Por esta razón, en vez de dividir las normas entre los cuerpos de Derecho sustantivo —C. Com. o C. civ.— y procesal —LEC—, la tendencia actual —Alemania, Italia, Francia— es la de dictar *leyes unitarias* que abarquen ambos aspectos —y éste ha sido el criterio adoptado por los trabajos de reforma del derecho concursal español.

#### 6) *El Derecho concursal como Derecho especial que integra el estatuto del empresario en situación de crisis*

Pero, recientemente, Ragusa-Maggiore (72) ha examinado críticamente la tesis dominante de que el concurso tenga naturaleza procesal —o predominantemente procesal—. Ha llegado a unas conclusiones que básicamente pueden ser aceptadas.

Para Ragusa Maggiore el concurso —o, en general, la institución concursal— es la *especial actuación sustantiva del principio de responsabilidad* a que se halla sometido el patrimonio del deudor común, en el supuesto de crisis económica. Las modificaciones que experimenta necesariamente la situación patrimonial del deudor común se verifican en el plano del Derecho sustantivo. Todas estas modificaciones implican «la aplicación de una cierta disciplina que se refiere a las relaciones entre el empresario y su patrimonio». Las modificaciones patrimoniales en el plano sustancial son, sin embargo, consecuencias de una serie de actos que, por su importancia para el propio deudor y para los terceros, han de ser necesariamente objeto de valoración judicial antes de que el órgano jurisdiccional pronuncie la sentencia que abre el proceso.

La quiebra es para el mencionado autor un *aspecto negativo de la empresa*, es decir, de aquella actividad, profesionalmente organizada, que establece, para la obtención de su objeto, una pluralidad de relaciones jurídicas con múltiples personas generalmente basadas en el crédito.

Desde la perspectiva de la empresa, *el aspecto procesal no agota el contenido de la quiebra*. La quiebra como instituto único dirigido, fundamentalmente, a la liquidación del patrimonio empresarial en beneficio de los acreedores y a la represión de ciertos supuestos extremos, se transforma en el concurso, que abarca una pluralidad de instituciones, procedimentales o extraprocedimentales, entre las cuales el legislador, el órgano jurisdiccional o incluso los particulares optarán teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en la empresa.

La crisis económica de la empresa altera profundamente la gestión

---

(72) REGUSA MAGGIORE, en el reciente trabajo aparecido en la revista «Il Dir. Fall.», sobre *Natura giurídica del fallimento*, cit.

ordinaria del empresario y, normalmente, desemboca en la disolución de la empresa.

Los aspectos parciales que surgen cuando se consideran aisladamente los intereses de los acreedores a la satisfacción máxima posible de sus créditos bajo el principio de la «par conditio creditorum», o del deudor a liberarse de sus deudas «se unifican en un solo núcleo que gira alrededor de la empresa en relación a su titular y a las relaciones de éste con los terceros».

La creciente consideración central de la empresa es consecuencia de la evolución que ha experimentado la propiedad como forma de gestión sustituida por formas más dinámicas, en virtud de las cuales la propiedad, concepto polivalente, adquiere nuevos puntos de referencia. Los bienes, como objeto del derecho de propiedad, son sustituidos por el establecimiento, objeto del Derecho de empresa, y adquieren, como bienes instrumentales, distintos perfiles a los que, hasta entonces, habían tenido los bienes objeto del Derecho de propiedad o, incluso, el establecimiento en las primitivas y poco desarrolladas formas jurídicas de la producción.

La contraposición entre el proceso ejecutivo singular y el proceso ejecutivo colectivo de los bienes organizados para formar un establecimiento apenas diferían. Pero la ejecución singular ya no es apta para sistematizar, componer y armonizar los múltiples y variados intereses que se conectan alrededor del establecimiento, instrumento para el ejercicio de la empresa. El interés del deudor común y el interés de los acreedores ya no son los únicos que debe valorar el legislador para solucionar unos conflictos que han aumentado cuantitativamente y, en la última fase, han terminado por variar cualitativamente. El conflicto entre ambos intereses podía resolverse simplemente mediante el sacrificio del primero a los intereses de los segundos, apareciendo, de esta manera, el concurso (o quiebra en sentido estricto) como un *procedimiento extintivo de una actividad*, mediante la (colectiva) ejecución de los bienes que la servían de soporte material. Pero la consideración simultánea de otros intereses, como puede ser el interés general de conservar la empresa, la protección del crédito, el mantenimiento del nivel de empleo de la producción, *separan definitivamente el concurso de la fase final de la empresa*, pues ésta, como síntesis de los intereses convergentes en la misma exige un sistema jurídico encaminado no sólo a la eliminación de las empresas en situación crítica mediante la liquidación de su patrimonio en beneficio de los acreedores, sino, sobre todo, a la *conservación de la organización del establecimiento* cuando éste sea capaz mediante el sacrificio razonable de los acreedores o de otros interesados, de continuar utilizándose como centro de la actividad de empresa, y, en caso necesario, superar la identificación del propietario con el empresario y actuar la *sustitución del empresario declarado en concurso por otro nuevo* que, con el establecimiento del anterior, continúe, con las garantías adecuadas, el ejercicio en que, después de la transmisión de la empresa, ha cesado el concursado.

Esta nueva situación complica el primitivo planteamiento simple

de la cuestión porque el rígido procedimiento represivo y ejecutivo se ha escindido en varios procedimientos, los cuales no pretenden de un modo exclusivo la protección de uno o de otro interés y, por lo tanto, no encajan rígidamente en la fase final, liquidatoria de la empresa, sino que el conjunto de normas, procesales y materiales, que inciden en la posición jurídica de cuantos se hallan relacionados económica o jurídicamente con la empresa, tienen por objeto *disciplinar adecuadamente la empresa que se encuentra, cualesquiera que sean las razones, en una crisis económica.*

La debida solución de estos nuevos conflictos exige que la disciplina normal de la empresa se transforma y se sustituye por una *disciplina nueva, de carácter formal, que afecta, directamente al empresario e indirectamente a todos los que se encontraban en relación con la empresa.*

Tales transformaciones acaecen en el plano sustancial, aunque, normalmente, deban producirse con la mediación necesaria de los actos judiciales. Pero sostener que este elemento dota a la institución concursal de una dimensión exclusiva o predominantemente procesal constituye una afirmación semejante a la que constituirá afirmar que el divorcio, cuyos efectos están condicionados también a una sentencia judicial, es una institución procesal. Y esto no se ha dicho, que yo sepa, en ningún caso; como no se ha dicho, que la necesidad de una declaración judicial de carácter constitutivo transforme una relación sustantiva —la relación sustantiva que se crea o se modifica por la sentencia constitutiva— en una relación procesal.

La *mediación necesaria del órgano jurisdiccional* es un requisito que el Estado se reserva para valorar las circunstancias que concurren en determinadas empresas a fin de que aquellas que no estén en condiciones de continuar útilmente sean *liquidadas* con las necesarias garantías de todos los interesados. Pero, incluso esta *intervención judicial es subsidiaria*; pues si las partes alcanzan a encontrar extrajudicialmente una solución a los problemas económicos suscitados por la crisis económica de la empresa, la intervención judicial no tiene lugar o, si ya ha empezado, se paraliza y en último extremo, cesa.

Así, pues, afirmar que el Derecho concursal —o acaso si se quiere, más restringidamente, la quiebra— es un proceso ejecutivo o un procedimiento preliminar es fruto de una consideración apresurada de épocas pretéritas que no ha valorado las condiciones de la economía y que no abarca la totalidad y la complejidad de los institutos jurídicos que actualmente han de intentar satisfacer los múltiples intereses afectados por la crisis de una empresa.

En definitiva, podría decirse que la actividad organizada y sistemática en que consiste la gestión ordinaria de la empresa se sustituye, durante las épocas de crisis, por una actividad igualmente organizada y sistemática que continúa siendo imputable al empresario quebrado, pero cuyo ejercicio se transfiere, provisionalmente y a los fines exclusivos de la regulación de las relaciones jurídicas, a los órganos de la quiebra. La continuación de la empresa en crisis, sin cambiar provisio-

nalmente de titular, se ejercitará por las personas a quienes la ley encomienda este cuidado, originándose de esta suerte una situación en la que *la titularidad del poder de empresa y su ejercicio se hallan disociados*—como sucede en el caso del factor—por imperativo de la Ley, a fin de proteger eficazmente todos los intereses conectados a la crisis patrimonial de la empresa.

### C) LA FUNCIÓN DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES

El problema que acabamos de exponer suscita tres nuevas cuestiones íntimamente vinculadas al mismo; el *interés protegido* mediante la institución de la quiebra: la *aplicación exclusiva* a los comerciantes o su posible extensión; y, finalmente, la *subsistencia de este régimen* en un sistema de economía distinto al sistema de economía de mercado.

Las modificaciones experimentadas por la sociedad y la economía no podían dejar de afectar la disciplina de la quiebra—y, en general, de todo el Derecho concursal.

#### 1. *La aplicación de la quiebra a los no comerciantes*

En primer lugar, ha sido objeto de revisión si el Derecho concursal debía ser un Derecho que exclusivamente rigiera la crisis económica de los comerciantes, o si, por el contrario, debía extenderse también a los no comerciantes.

En el Derecho español vigente la quiebra y la suspensión de pagos son, como se ha dicho, situaciones propias y exclusivas de los comerciantes. Sólo se aplican a los comerciantes. Para los no comerciantes el Derecho español prevé el concurso de acreedores y la quita y espera. Los comerciantes no pueden acogerse optativamente a este último procedimiento y sus crisis económicas tienen que arreglarse necesariamente a través de la quiebra (y la suspensión). Expresamente prevé el artículo 1.318 LEC que el órgano jurisdiccional no declarará el concurso que se hubiera solicitado por el comerciante y declarará, por el contrario, la quiebra si concurriesen los presupuestos requeridos para ello. Y en el caso de que se haya declarado la quiebra de un no comerciante, el T. S. ha declarado que debe revocarse el auto correspondiente (STS 15-II-1875, 16-XI-1905, 8-VII-1907, 4-VII-1918, 10-XI-1924, 28-IV-1930, 12-VII-1940).

El *comerciante acude normalmente al crédito para atender* el funcionamiento de su empresa. Y por esta razón la actividad del comerciante es *más arriesgada* que la del particular que no utiliza el recurso al crédito con la intensidad de éste, por lo que debe establecerse una normativa que atienda los problemas planteados en las situaciones críticas por la pluralidad de acreedores nacidos del recurso al crédito.

De aquí que la conexión histórica de la quiebra haya intentado

buscarse o en la *concurzalidad* (pluralidad de acreedores) o en la *comercialidad* o *mercantilidad* (la cualidad mercantil del deudor común) (73).

a) *El planteamiento de una posible unificación*

El planteamiento acerca de la unificación o separación de las instituciones concursales para comerciantes o no comerciantes se plantea como una cuestión de eficacia o de justicia, y, en último extremo, de adecuación a las condiciones del tráfico: «o la ordenación mercantil es más adecuada y justa, más eficaz para la seguridad del tráfico y entonces debe extenderse a todos, o resintiéndose de sus orígenes profesionales supone una ventaja de grupo incompatible con la conciencia jurídica vigente» (74).

Si esta última alternativa se desecha como contraria al significado que ha tenido históricamente el rigor con que eran tratados los comerciantes, entonces queda la unificación como alternativa válida, muy matizada en el Derecho español por la situación legislativa del mismo, y fundamentada en la progresión histórica de los hechos a los que va a regular.

¿Por qué los comerciantes primero —y, en general, los empresarios después— han estado sometidos a la disciplina rigurosa de la quiebra?

Las razones que justifican este especial tratamiento deben encontrarse en la *especial forma de actividad* que se concreta en la empresa del empresario. El comerciante no podría realizar adecuadamente su actividad mercantil sin recurrir al crédito. La utilización del crédito es un suceso normal en la vida mercantil. El *crédito* en la actividad mercantil se concede generalmente sin recurrir a las garantías de carácter real. Por lo tanto, los acreedores confían en que el comerciante deudor adornado de unas cualidades profesionales y de probidad, satisfará puntual y oportunamente la totalidad del crédito. Sin esta confianza, base del crédito a medio y largo plazo, la actividad mercantil no sería posible (75).

(73) No hace mucho FOSCHINI, en el T. II de los *Studi in onore Ascarello* (Milano, 1969): *La normativa sul fallimento come disciplina speciale per gli imprenditori commerciali*), trataba de demostrar que la postura de la doctrina y legislación italianas en materia de quiebra no era producto de una ocasionalidad histórica. Foschini impugna la doctrina de la *ocasionalidad* mantenida por un buen sector de la doctrina italiana (Vivante, Recco, Bonelli, Provinciali) y extranjera (Dupuy), y, por el contrario, mantiene que, por los orígenes históricos del instituto y su desarrollo posterior, no puede considerarse característica exclusiva y definitiva de la quiebra la *concurzalidad*: es decir, la concurrencia de varios acreedores en un plano de igualdad, a fin de satisfacer sus créditos sobre el patrimonio del deudor común. La atención debe desplazarse desde la nota de *concurzalidad* a la del *carácter comercial* o mercantil que poseen determinadas actividades. La *concurzalidad* debe integrarse, pues, con las notas que caracterizan la actividad mercantil.

(74) RUBIO Sainz de Andino, ob. cit., pág. 21.

(75) Especialmente subraya por BROSETA, *Manual*, cit., pág. 618... el empresario usa, disfruta y abusa del crédito ajeno, el cual exige una protección eficaz, rápida y segura...».

Sin embargo, como se verá más adelante, desde tal perspectiva sustancial, en el momento actual no hay razón alguna que justifique un tratamiento distinto a los acreedores de un empresario o de una persona sin esta cualidad.

Como señala Jaegger (76), la razón que puede justificar un tratamiento separado de las insolvencias de los comerciantes y de los no comerciantes en los países donde subsiste la tradicional distinción es que en tales países el *fenómeno del crédito está menos difundido* que en aquellos donde se ha verificado la unificación. Por ello, la extensión de la quiebra y de sus procedimientos a personas no comerciantes, se da primero (y, después, se extiende) en los países donde *el crédito para financiar el consumo, ha alcanzado cotas semejantes a las de la difusión del crédito para financiar la producción de los empresarios o el comercio de los comerciantes*.

El dato que podría justificar el tratamiento distinto de la crisis del empresario y la del deudor común podría consistir en la *distinta importancia que tiene la acción del sujeto titular del patrimonio* en uno y otro caso. Esta explicación procedente de la doctrina italiana tradicional y recogida entre nosotros por Vicente y Gella (77), parte del hecho de que la gestión del empresario es mucho más determinante sobre su patrimonio que la correlativa gestión del deudor común sobre el suyo. La gestión del empresario sobre su empresa exige, de hecho aunque no de derecho, *estar en posesión de unas determinadas cualidades de carácter profesional y técnico*, sobre cuya existencia se justifica que quienes entran en relación con el empresario, confíen en él y le concedan crédito. La gestión ordinaria de un patrimonio no exige estas mismas cualidades.

Por lo tanto, cuando se produce la crisis de un patrimonio común, los acreedores son defraudados tan sólo por la extensión y por la consistencia económica del patrimonio de su deudor. Pero cuando se produce la quiebra del patrimonio de un empresario, los *acreedores se sienten burlados no sólo en sus expectativas patrimoniales acerca de la consistencia patrimonial de su fortuna, sino, sobre todo, en las expectativas acerca del comportamiento personal del empresario al frente de la empresa*.

La situación actual es indudablemente más compleja que la existente durante el siglo pasado. Una economía de mercado incipiente ha sido *sustituída por una economía de mercado en la que el consumo se ha extendido* y se estimula considerablemente. *El recurso al crédito se ha hecho común a todas las clases de ciudadanos*. No sólo para financiar el intercambio o la producción, sino también para financiar el consumo de las personas como particulares y sin desempeñar el papel de empresario.

Por otro lado, las *exigencias siempre crecientes de las empresas de encontrar recursos para su financiación* han motivado que corran el

(76) JAEGGER, *Il fallimento e le altre forme di tutela giurisdizionale* (Milano, 1964), pág. 69.

(77) VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho mercantil*, cit.

riesgo de la producción y del mercado, no sólo directamente los empresarios, sino también, indirectamente, los particulares que, mediante la adquisición de títulos (acciones u obligaciones), invierten sus ahorros en las grandes empresas de la época. De aquí que los efectos de la crisis económica de una de estas empresas no se quede limitada al círculo de empresarios, sino que afecte a amplios estratos de la población. Como consecuencia de estos hechos, el patrimonio de personas que no son empresarios ha experimentado modificaciones importantes: la posesión de activos físicos (inmuebles, objetos preciosos) ha sido sustituida por la posesión de títulos de participación, a través de los cuales participan de los riesgos de la producción (de bienes o servicios) y en este sentido son (económicamente) empresarios.

En los sistemas en los que, como en el tradicional francés, la institución concursal se ha aplicado exclusivamente a los comerciantes, mientras que a los no comerciantes se les aplica el régimen común de la *déconfiture* o insolvencia, la justificación de la extensión de la situación concursal a personas no comerciantes radica en la utilidad que la misma tiene para el desarrollo de la actividad económica, debido a la superioridad del régimen jurídico concursal en comparación al régimen común de la insolvencia, carente de cualquier plan de conjunto. En el Derecho francés tradicional, en efecto, para la insolvencia de los no comerciantes podría hablarse, más que de un régimen jurídico, de una ausencia de régimen. Las ejecuciones contra el deudor común se desarrollan, por lo tanto, sin una declaración judicial que abra la vía a una liquidación ordenada y sistemática del patrimonio del quebrado, sin la garantía de unas sanciones penales para el deudor fraudulento. Y este vacío legal es el que trata de remediarse con la extensión del régimen de la quiebra a supuestos no comerciales, no sometidos tradicionalmente en el Derecho francés a este régimen. Por otro lado, con ello también se reconoce que determinadas formas de organización tradicionales de los comerciantes, se utilizan con generalidad en el tráfico moderno.

#### b) *La peculiaridad de la situación española*

En realidad, la situación española difiere ligeramente de la situación de los países latinos. Puede decirse que ocupa un *lugar intermedio entre la postura tradicional francesa y la postura tradicional germánica*.

En efecto, la primera aplica la quiebra y los otros institutos concursales a los comerciantes, mientras que aplica las normas de la ejecución común a los no comerciantes, sin organizar ninguna institución concursal propia de las personas que no tienen esta categoría. El Derecho germánico somete a todos los sujetos de derecho al mismo procedimiento concursal, sin distinguir entre comerciantes y no comerciantes. A diferencia de este sistema, en el Derecho español la quiebra y la suspensión de pagos se aplican exclusivamente a los comerciantes, pero, a diferencia, también, de los sistemas latinos, prevé para los no comerciantes instituciones concursales (concurso de acreedores; quita

y espera), cuya finalidad, motivación y estructura son semejantes a las de la quiebra y la suspensión de pagos previstas para los comerciantes.

En este sentido, me parece que no se ha subrayado con la necesaria intensidad la *postura original y tempranamente progresiva del Derecho español*. Las diferencias que pueden encontrarse entre el concurso de acreedores y la quiebra radican, sobre todo, en el diferente trato personal que se aplica al comerciante insolvente y al no comerciante, diferencia que se basa en el mayor rigor represivo con el que, por razón de la profesión, hay que valorar las conductas del empresario.

En el Derecho español se ha producido, por lo tanto, una *antici-pada comercialización del derecho concursal*, de suerte que, como ha sucedido en materia de contratos y obligaciones, frente a un derecho común del concurso existe un *derecho especial de concurso*, con un nombre específico (quiebra) que se aplica a una *categoría determinada de personas*. Pero, pese a esta apariencia, *el derecho común del concurso no ha sido una creación primaria del ordenamiento*, de la cual se hubiera después desgajado la quiebra para atender especialmente a ciertas particularidades del tráfico mercantil, sino que el legislador español toma la regulación de la quiebra, la despoja de las particularidades que estima propias del tráfico mercantil y constituye un conjunto de normas aplicables, como derecho común, a todas las situaciones no especiales y al que dota, incluso, de la apariencia formal de derecho común, pues las remisiones no se hacen a la institución que históricamente aparece primero y que se generaliza, sino que desde este originario núcleo central de la quiebra, se hacen remisiones a la disciplina más reciente del concurso que se considera común y que completa la disciplina especial. Esta disposición formal de la codificación decimonónica ha podido engañar al valorar el Derecho español.

En efecto, la situación española es peculiar. La existencia del concurso de acreedores ha permitido afirmar a un autor tan tradicional como puede serlo Mur Sancho en sus anotaciones a los Estudios de Blanco Constans (78) que en España «existe la quiebra para los no comerciantes con igualdad esencial a la de los comerciantes, pero con rasgos particulares distintos». Y es que, como señala con razón Rubio (79), «extinguidas ciertas reminiscencias, un examen comparativo nos mostraría las escasas y, cuando existen, casi siempre arbitrarias variantes entre ambos sistemas». Porque el concurso apenas si ha recibido aplicación, a pesar de su mayor extensión legislativa, de su sistematización completa y del puesto central de referencia que se le asigna en la ley.

Desde el punto de vista aquí considerado, cabría también preguntarse si la crisis económica que se manifiesta a través del *incumplimiento de deudas civiles* puede subsumirse bajo el concepto de sobreseimiento en los pagos.

---

(78) MUR SANCHO, en BLANCO CONSTANS, *Estudios elementales de Derecho mercantil*, II (Madrid, 1945, 4.ª ed., corregida, revisada y anotada por R. MUR SANCHO), pág. 184.

(79) RUBIO, *Sainz de Andino*, cit., pág. 21.



Las razones que tradicionalmente se aducían para plantear este problema eran de un doble orden: a) el cumplimiento de las obligaciones civiles *no está sometido al rigor* que se establece en el CCom.; b) las obligaciones civiles son *generalmente privilegiadas* y, por lo tanto, *pueden ser hechas valer individualmente*.

Pero estas razones, que son relativamente equívocas, han sido contrarrestadas por una argumentación que ha terminado por prevalecer: a) si se contempla la relación obligatoria desde el lado del deudor y no del acreedor, la actividad mercantil funda una *presunción de mercantilidad de todas las deudas* de los comerciantes.

b) El incumplimiento de las deudas civiles puede ser un *índice de la crisis económica del empresario*, y, en este sentido, ser el motivo de crisis económica.

c) El endeudamiento del deudor a través de la asunción de obligaciones civiles puede conducir al perjuicio de los acreedores mercantiles, puesto que aquellas obligaciones son generalmente garantizadas, lo que permite al comerciante obtener crédito por medios anormales, que, en el momento de la crisis, jugará contra los acreedores comunes (mercantiles).

El CCom. —a diferencia del CCom. de 1829— no hace distinción entre obligaciones civiles y obligatorias mercantiles.

La E. de M. ayuda a interpretar el silencio del CCom. en este punto. Ha sido una omisión consciente. El incumplimiento de obligaciones civiles es, si constituye un sobreseimiento general, bastante para declarar al comerciante en quiebra «siempre que esta suspensión o cesación influya desfavorablemente en el crédito» del empresario en dificultades.

La razón para esta postura es que «el comerciante que no paga al corriente sus obligaciones particulares porque carece de fondos, quebranta su crédito en el mero hecho de hacer público que no tiene recursos para cubrir las necesidades más ineludibles de su vida». Además, esta situación no puede por menos de causar «un grave trastorno en la marcha de sus negocios mercantiles», lo que desembocará en último extremo en la imposibilidad de pagar puntualmente las mismas obligaciones mercantiles.

La cuestión de la *comercialidad o no de las deudas* tiene importancia en dos aspectos:

Primeramente, en el momento en que se comprueba la consistencia del patrimonio del comerciante, en cuanto que *las deudas civiles deberán o no tomarse en consideración* para fijar su pasivo según la postura que adopte sobre el particular. En segundo lugar, por lo que toca a la iniciativa para la petición de la quiebra; *los acreedores civiles pueden pedir la quiebra en las mismas condiciones que los acreedores por deudas comerciales* si se entiende que la quiebra afecta indiferenciadamente a acreedores civiles y mercantiles.

Ultimamente la cuestión tiende a reproducirse con relación a los *créditos por seguros sociales* y a los *créditos por deudas fiscales*.

El principio acogido ahora por la doctrina española ha sido objeto de una evolución curiosa en la doctrina francesa.

Ha sido, como ha puesto de manifiesto recientemente Delmas, el medio a través del cual el legislador francés ha modificado sutilmente el concepto tradicional de cesación de pagos. Esta, considerada como la detención material del cumplimiento de las obligaciones, se ha transformado en un concepto económico, integrado por la cesación material de los pagos y una situación económica angustiosa y sin salida. La valoración de esta situación es función del órgano jurisdiccional, el cual, para realizar esta tarea, puede utilizar diversos índices, entre los cuales se hallan los incumplimientos de obligaciones civiles. De esta manera, el Derecho francés ha encontrado un equilibrio que le aleja del riesgo de hacer pronósticos demasiado eventuales sobre la aptitud de la empresa para subsistir, e, igualmente, de la aplicación mecánica de la interrupción de los pagos puramente material como es el de la cesación de los pagos.

### c) *La tendencia general de la evolución*

El Rapport de la Inspection Gén. des Finances se planteó, con motivo de la reforma de la quiebra francesa en los años 60, el problema acerca de la conveniencia de extender el campo de aplicación de la quiebra, a la vista de las modificaciones que había experimentado el contexto económico de la quiebra (80).

Los hechos que, a juicio de la Inspection Gén., han motivado la necesidad de revisar en el vecino país latino el ámbito de aplicación de la quiebra, reservada tradicionalmente, como en los demás países latinos, a los comerciantes, han sido, fundamentalmente, dos. Por un lado, la *proliferación de las empresas no comerciales* y por otro lado, la *integración de las economías nacionales en el marco comunitario* definido por el Tratado de Roma.

Por otro lado, debe de señalarse también el hecho, al margen de cualquier reforma, de que el derecho de quiebra ha dejado de considerarse como un instituto de carácter excepcional, incluso en aquellos ordenamientos que, como el italiano, mantienen la quiebra como institución típica de los empresarios. El sometimiento a la quiebra no representa la aplicación de una disciplina excepcional, sino que, como dice Ferrara, «la sustracción al ámbito de la quiebra constituye un tratamiento de favor, una especie de privilegio para los que no son empresarios mercantiles, y, en especial, para los empresarios agrícolas» (81).

El mencionado Rapport francés analiza las posibilidades de colmar

---

(80) *Aspects économiques*, cit., *passim*.

(81) FERRARA, *Il fallimento* (Milano, 1959). El interés de los acreedores concursales a la propia satisfacción es un interés puramente privado el procedimiento concursal constituye sólo el instrumento para la tutela de este específico interés privado (pág. VII de la Prefazione).

esta desconexión entre la realidad económico-social y el régimen jurídico de la quiebra.

Las soluciones discutidas son tres:

1.º Extender el dominio del derecho mercantil mediante la *extensión de la calificación de mercantil a profesiones* que hasta ahora no habían tenido esta consideración.

2.º En lugar de extender la calificación de comerciante, dejar intacta esta cuestión y *extender el ámbito de aplicación de las normas sobre quiebras*. El concepto de comerciante no queda alterado, sino que se altera el concepto de la quiebra.

3.º Prescindir del criterio clásico de mercantilidad y postular la aplicación de la quiebra a empresas que, aun no siendo comerciales por su objeto, ejercitaran una *actividad económica siempre que su titular fuera una persona jurídica*.

De estas tres soluciones, el legislador francés ha escogido la última. Es una solución prudente, que se basa en la consideración general de que la quiebra no es una sanción por la ineptitud del empresario en la búsqueda del beneficio o lucro, sino que constituye, simplemente, el medio de limitar y reparar en la medida de lo posible y también en la medida en que sea necesario evitar el retorno de una situación semejante, el perjuicio que se ha causado a la colectividad con la cesación de pagos. La organización de la persona jurídica hace prever con su complejidad que el desarrollo de la actividad económica a la que se dedica implica un riesgo acentuado de perjuicio en caso de insolvencia y, si ésta se produce, debe aplicarse la institución más racionalizada del concurso para remover los perjuicios causados, cualesquiera que puedan ser los fines altruistas o desinteresados a que la sociedad o asociación dedicara su actividad, de la misma manera que cuando se produce un accidente automovilístico no se pregunta al conductor del vehículo si lo adquirió o si utilizaba el vehículo causante del daño para obtener lucro o con otra finalidad, sino que se aplican las medidas más convenientes para que los perjudicados obtengan la reparación del perjuicio sufrido en el accidente.

Con esta solución intermedia, se evita que se prolonguen las discusiones sobre la comercialidad y que se cristalice la separación entre derecho mercantil y derecho común. Al mismo tiempo, se obtiene un criterio general de relativa fácil aplicación, evitándose la casuística (posiblemente contradictoria) que pudiera haber suscitado una cierta resistencia en determinadas categorías de profesionales a ser consideradas como comerciantes (82).

Como ya se ha indicado, la E. de M. del anteproyecto español de 1975 unifica los procedimientos aplicables a los comerciantes y a los no comerciantes. Bajo el nombre de concurso regula una única institución.

Las razones que los redactores del anteproyecto dan no se refieren

---

(82) En la doctrina española también BROSETA, *Manual*, cit., pág. 619, y SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, cit., págs. 466-467, se muestran partidarios de la unificación.

a la realidad económica, sino que permanecen en un plano formal. «No hay ninguna razón de peso —dice textualmente el anteproyecto— que justifique el diverso tratamiento de la insolvencia según que el deudor sea o no comerciante». El núcleo de la —ciertamente— breve argumentación consiste en la observación de los datos legislativos. Si se estima que el régimen específico de la quiebra perseguía hacer más riguroso el procedimiento, mediante la imposición de sanciones más graves al comerciantes, el establecimiento de efectos personales rigurosos para éste y el tratamiento rigurosos de los actos anteriores de la quiebra con la retroacción, parece clara la consecuencia que saca el proyecto: «una vez que en nuestro sistema se admitía el procedimiento de la suspensión de pagos por Ley de 26 de julio de 1922, en la que se dulcifican las consecuencias de la quiebra descartando las sanciones personales contra el comerciante, realmente no parece que exista ninguna razón atendible para mantener la separación entre concurso de acreedores y quiebra». Y esta afirmación se refuerza con otra observación: el «absoluto paralelismo» que guarda la legislación vigente al regular el concurso y la quiebra como lo denota el hecho de que el artículo 1.319 LEC declara aplicable a la quiebra las normas del concurso a título subsidiario.

## 2. *La función de la quiebra*

En la discusión anterior se ha hecho alusión reiterada a los intereses en juego. Y, en este instante, es necesario tratar de individualizar el interés predominante que se trata de proteger con la quiebra (o, en términos generales, el concurso, cuando éste se considere una institución de aplicación general).

### a) *Planteamiento clásico*

La causa jurídica o justificación de estos procedimientos ha variado de acuerdo con las modificaciones que ha experimentado la práctica económica.

En una economía de mercado, caracterizada por el principio constitucionalmente establecido de libre iniciativa económica de los particulares, cada sujeto de derecho puede decidir libremente si se dedica o no a la actividad industrial o comercial, y, una vez decidido en sentido positivo, es igualmente libre, en el marco del ordenamiento jurídico, para adoptar las decisiones que crea más convenientes para que la empresa cumpla su función o causa jurídica —producir bienes y servicios para la comunidad— y el empresario satisfaga su —normal— motivo para emprenderla —obtener un beneficio—. La libertad para decidir y para gestionar su establecimiento como titular del poder o derecho de gestión implica que el *ordenamiento no atribuye a ninguna instancia, económica o jurídica, ningún control sobre la marcha ordinaria de la empresa*. Sólo cuando se produce una crisis económica de

la empresa libremente gestionada, por el impago general de los créditos que ostentan las personas que antes han mantenido relaciones de negocios con su titular, interviene el derecho, para ordenar las relaciones entre el deudor y los acreedores y las relaciones entre los mismos acreedores, esclareciendo las causas que han producido esta situación y tratando de que todos los afectados por la misma de una u otra manera, salgan de la situación crítica con el menor daño posible y con la mayor equidad para todos los interesados.

En esta perspectiva, la causa de la institución concursal es, radicalmente, de tipo *sancionador* para el comerciante o empresario y de tipo *reparador* para los acreedores.

Como consecuencia de la función sancionatoria que cumplía la quiebra, ésta constituía también un *freno en el uso de la libertad económica* de que disponía el comerciante en el ejercicio de su comercio. Función que ha sido recogida por la literatura, no sólo en el plano jurídico, civil y penal, sino sobre todo en el ámbito social. Th. Mann, en su famosa novela *Los Buddenbrook*, decía: «hasta aquel instante no desfiló por delante de sus ojos todo lo que encerraba aquella palabra: "quiebra"; todo lo que desde la más tierna infancia había sentido de vago y horrible el escucharla... "Quiebra..." era algo más espantoso que la muerte; era el escándalo, el derrumbamiento, la ruina, la ignominia, la vergüenza, la desesperación y la miseria» (83). Estas palabras, expresión de las amargas reflexiones de la mujer de un comerciante acomodado de mediados del siglo pasado, hija de un comerciante en una ciudad tradicionalmente comercial, evidencia lo arraigado que estaba en el ambiente comercial del siglo pasado la función sancionatoria de la quiebra y, al mismo tiempo, por que se produce una evolución acelerada en las épocas de crisis económicas, tendente a despojar a la institución de los aspectos represivos que se estimaron inútiles para que cumplieran su función. Es el comienzo de la tendencia a *facilitar los convenios* del deudor con sus acreedores, la *conservación de la empresa* y, en su caso, la *rehabilitación del quebrado* para que comience una nueva vida comercial.

Todavía, en *La Quiebra*, de J. A. de Zunzunegui, puede leerse, al enjuiciarse la conducta de quien ha producido la quiebra: «...ese mentecato nos ha llevado a toda la familia a la ruina y ha arrastrado por el fango al apellido». Pero Ph. Roth, en *Mi vida como hombre*, anota que la mujer de un hombre que había ido a la quiebra dos veces entre las dos guerras, «no actuaba como si estuviera casada con un hombre de negocios dos veces arruinado y en quiebra». Ha superado con facilidad el escándalo de dos quiebras. El compartido sentimiento individual de culpa por la quiebra del marido —y, seguramente, el sentido de repulsa social— ha desaparecido, salvo en los casos de fraude (83 bis).

(83) THOMAS MANN, *Los Buddenbrook*, en *Obras escogidas* (Ed. Aguilar, 1967, 1.ª ed.), pág. 251.

(83 bis) J. A. DE ZUNZUNEGUI, *La quiebra* (en *Novela de Bilbao*, Madrid, Editorial Minotauro, 1958); Ph. ROTH, *Mi vida como hombre* (Barcelona, Ed. Bruguera, 1977), pág. 15.

A través del aspecto reparador de la institución concursal se realiza la *protección del interés de los acreedores* a obtener, por el medio más rápido y en la medida consentida por el patrimonio del deudor común lo que les debía el quebrado. Junto a esta finalidad, puesta vigorosamente de manifiesto por González Huebra (84) y en relación con ella, el derecho concursal, especialmente en su modalidad de la quiebra, cumplía una finalidad represiva, que, en el plano civil, se manifiesta en la *expropiación del derecho de gestionar el patrimonio en crisis, y, a través de la liquidación, del valor del mismo*, mientras que, en el plano penal, se *conminaba con penas a los quebrados fraudulentos o meramente negligentes*.

De esta forma, en beneficio primero de los acreedores y después de la propia comunidad, la quiebra cumplía una *función de saneamiento de la economía*, eliminando a las empresas que, por su funcionamiento, se habían mostrado poco eficientes e, indirectamente, a los empresarios poco sagaces o faltos de escrúpulos.

La posibilidad de verse excluidos del mercado debía servir de estímulo para que los empresarios *redoblaran su vigilancia y prudencia en la gestión* de su empresa, y, al mismo tiempo, de *freno para manipulaciones poco escrupulosas*.

Todavía Satta, en 1974, afirma que la «insolvencia es la abierta manifestación de la incapacidad del empresario para realizar las funciones económicas que le han sido confiadas en la organización general de la sociedad». La quiebra, en el sistema de economía de mercado, es la sanción más o menos rigurosa a la inidoneidad manifestada por la empresa para realizar sus funciones: es —dice expresivamente— «el rechazo del sujeto por parte de un ordenamiento que, reconociendo la autonomía del mismo, se confía a él, porque de tal modo, a través de su actividad, alcanza sus fines» (85).

El empresario inepto que incurre en la quiebra, conmueve y socava los fundamentos de la sociedad por la serie de relaciones crediticias y de todo orden que son afectadas por la crisis. Por lo tanto, el sujeto en estas condiciones es afectado de una *incapacidad económica*, semejante a la interdicción civil que recae sobre el incapaz natural o legal.

La idea de la institución concursal —y, más concretamente, de la quiebra— como instrumento de regulación del mercado, aparece límpidamente expuesta muy pronto por Benito y Endara (86).

Con la retórica de la época, y con las influencias de la doctrina evolucionista, Benito y Endara distingue los efectos que la quiebra produce sobre el comerciante y los efectos que trascienden la esfera

(84) GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de Quiebras* (Madrid, 1856) pág. 5.

(85) SATTA, *Diritto fallimentare* (Padova, 1974), págs. 8 y ss., nota 5; BOSIGNORI, *La nuova concezione del fallimento in Salvatore Satta*, en «Il Dir. Fall», 1974, págs. 181 y ss.

(86) BENITO Y ENDARA, L., *Derecho mercantil*, en «Programa para ejercicio teórico de oposición a las plazas de aspirantes a la Judicatura, contestado por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Derecho penal y Derecho mercantil» (Madrid, 1889), págs. 356 y ss.

particular del comerciante y se producen sobre toda la sociedad. «Para la sociedad —dice el mencionado autor— es un elemento regulador de las energías empleadas en el comercio, que muchas veces y al propio tiempo un depurador de los elementos malsanos que le perjudican»; «... además, siendo la quiebra inevitable en la vida económica de las sociedades..., viene a recaer la quiebra en los naturalmente menos capaces, y hay, por consiguiente, una depuración o selección continuada que favorece de un modo extraordinario el desarrollo de la industria mercantil» (87). La quiebra era, así, un elemento que contribuía complementariamente a la institución de la competencia económica, eliminando por una u otra vía a los empresarios menos aptos y a las empresas menos rentables y peor organizadas. Era, pues, un *elemento de selección natural* que se insertaba en el orden natural de la vida económica cuyo principio regulador era la *competencia*.

#### b) *La situación actual*

Pero estas finalidades se cumplían a través del juego de los intereses privados bajo la vigilancia de los órganos jurisdiccionales. *Los acreedores constituían, pues, el punto de referencia* de toda la quiebra.

Esta *situación cambiará paulatinamente* con el cambio de las condiciones económicas. El cambio se produce en dos direcciones.

En primer lugar, *modificando la actitud rigorista y represiva* de la quiebra, permitiendo que el deudor *antes* de la quiebra pueda celebrar con sus acreedores algún *convenio o concordato preventivo* que impida, en beneficio de todos los interesados, la liquidación —con la consiguiente desaparición— de la empresa.

En segundo lugar, admitiendo claramente que, a medida que el Estado interviene de un modo más intenso en la vida económica, *la liquidación o, incluso, los convenios preventivos dejan de ser un asunto que interese exclusivamente a los intereses privados del deudor común y de los acreedores*. La satisfacción de los acreedores —objetivo tradicional de la quiebra— y el mejoramiento de la suerte del deudor dejan de ser objetivos exclusivos de la legislación concursal.

La legislación concursal debe cumplir ahora *objetivos complejos*, puesto que están en juego conjuntamente intereses individuales e intereses colectivos o generales. La función del legislador de cada época es la de encontrar el equilibrio en la protección de todos estos inte-

---

(87) DE BENITO Y ENDARA, ob. cit., pág. 358. Considerada socialmente la quiebra reviste en el terreno económico caracteres diversos de los que acabamos de señalar, pues mientras para el individuo constituye un accidente gravísimo que entorpece e imposibilita la práctica de la profesión mercantil temporal o perpetualmente, para la sociedad es un elemento regulador de las energías empleadas en el comercio, que muchas veces por falta de dirección siguen caminos opuestos a los que requiere el interés social, y al propio tiempo un depurador de los elementos malsanos que le perjudican. Es en tal sentido, y buscando la comparación en el terreno de la mecánica, ya que al fin y al cabo se trata de mantener el equilibrio de las fuerzas sociales para producir el mayor resultado útil, lo que las válvulas de seguridad y los silbatos de alarma en las máquinas de vapor...».

reses de acuerdo con la situación social y económica de cada época. Una legislación *demasiado severa* para el deudor *frenará iniciativas y retraerá a los empresarios* a iniciar —o ampliar— una actividad —en principio arriesgada— en el mercado. Una legislación *demasiado indulgente* con el deudor *favorecerá el fraude e impedirá el saneamiento* de la profesión mercantil (88). En cuanto al procedimiento, *un procedimiento demasiado largo* desinteresa a los acreedores e impide que éstos obtengan la satisfacción de su crédito; uno *demasiado sumario* carecerá de las necesarias garantías.

Por estas razones están abocados al fracaso aquellas concepciones doctrinales que pretenden definir la esencia de la institución concursal, de una vez para siempre, asignándola unos determinados fines de política jurídica, sin tener en cuenta las condiciones históricas de la economía y de la sociedad donde la acción del legislador se desarrolla.

Para evitar este escollo, parece más objetivo, y metodológicamente más fructífero, enumerar los fines que, en diversa medida, ha de perseguir una legislación concursal, sin dotar a ninguno de ellos de ninguna preferencia abstracta, sino estableciendo ulteriormente su jerarquía en base a las condiciones económicas de cada época histórica (89).

En primer lugar —y con mero significado enumerativo— es un medio para *eliminar de la actividad económica a las empresas no viables o a los empresarios peligrosos* para el correcto funcionamiento de la empresa y, mediatamente, del mercado en su conjunto.

En segundo lugar, continúa siendo el medio para *proteger en el supuesto de crisis económica a los acreedores y al crédito en general*, mediante la prevención de las quiebras, y, una vez producida la crisis, mediante la selección del medio más idóneo y eficaz para satisfacer el interés de los acreedores.

Finalmente, el medio de *conservar aquellas empresas que merezcan conservarse* por su organización y sus condiciones económicas (90), en atención no al interés del empresario, que pasa a un segundo plano, sino de los empleados de la empresa, de los acreedores y, en general, de la economía del país.

### 3. Quiebra y economía de dirección central

Una vez examinadas las anteriores cuestiones, es necesario examinar si la quiebra es una institución que, dados su papel y su función, puede existir en el derecho de una economía planificada o si, por el contrario, es inútil en el marco de la misma o incluso contraria a los principios que informan el funcionamiento de una economía de dirección central.

La cuestión —como señala D. Mitrovic (91) durante la celebra-

(88) LABRUSSE, *Evolution du droit française de la faillite*, en *Faillites*, dirigido por Rodiere (París, 1970), pág. 9.

(89) Reproduzco, modificándola, la posición de LABRUSSE, ob. cit., pág. 9.

(90) LABRUSSE, *Evolution de Droit française de la faillite*, en *Faillites*, cit., página 8.

(91) MITROVIC, *La fallite en economie planifiée. Etude du droit yugos-*



ción, en mayo de 1968, de la Journée d'études juridiques J. Daben—, no puede resolverse mediante una afirmación o una negación incondicionadas, pues la respuesta a la cuestión propuesta depende del sistema de gestión y de dirección de la economía socialista en el país considerado. Por esta razón, Yugoslavia, estado socialista cuya vida económica se desarrolla en base a la independencia jurídica y económica de las empresas socializadas en régimen de autogestión, posee una regulación de la quiebra, puesto que la institución posee, en el marco de la economía socialista de mercado, un lugar adecuado y una función propia. Este es el único país socialista que conoce la quiebra, regulada por la Ley sobre arreglo judicial y quiebra de 4 de abril de 1965 y por la Ley Fundamental de las Empresas de la misma fecha, que se ocupa de las medidas preventivas de la quiebra.

Pero otros países de economía planificada carecen de la institución de la quiebra en el sentido de las economías de mercado. Entre ellas se encuentra la URSS, donde la gestión de la empresa responde a un sistema de dirección estatal de la economía, en el cual, recientemente, se insinúan tendencias a conceder una mayor independencia a las empresas económicas. De todas las maneras, la crisis económica de las unidades de producción se resolverán mediante procedimientos administrativos que, a la vista del interés general, actuarán su liquidación o su reconversión (de acuerdo con las previsiones del plan).

Pero fuera del ámbito de una economía de dirección central, el sector socializado de las empresas públicas o semipúblicas de las economías de mercado, suscitan, como ha podido comprobarse en la experiencia española reciente, problemas semejantes a los suscitados en las economías centralizadas, que proponen soluciones semejantes a la utilizada en esta economía, que van a influenciar en alguna medida el derecho ordinario concursal.

Sin entrar en los detalles de la regulación revitalización yugoslava, los trazos generales del sistema pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. La quiebra debe jugar un *papel importante en la selección de las empresas* en una situación de cambio de la dirección estatal de la economía (Mitrovic).

2. Se concede una *gran importancia a las medidas preventivas* de la quiebra, a las que hay que acudir necesariamente antes de que se declare la quiebra.

3. La legislación *prevé un gran número de medidas preventivas* de la quiebra, que pueden adoptarse *antes de la quiebra* (gestión forzosa y la administración provisional; liquidación normal de la empresa; saneamiento normal de la empresa) o incluso *durante el curso* de la quiebra (saneamiento durante la quiebra).

4. Se facilita igualmente la celebración de un *arreglo o convenio con los acreedores fuera de la quiebra*, ya que el convenio puede adop-

tarse entre la empresa y una parte de los acreedores cuando éstos representan más de la mitad de las deudas.

5. Finalmente, la quiebra se considera en el peculiar marco de la economía de mercado dirigida estatalmente como *la imposibilidad en que se encuentra la empresa de renovar sus instalaciones o de responder a las obligaciones previstas por la ley*.

Esta síntesis refleja direcciones de política legislativa que con otras motivaciones y en contextos diferentes —debido a la diversidad estructural y funcional de los respectivos sistemas económicos—, aparecerán más adelante en el examen del Derecho español y en la proposición de sus líneas de progresión.

### III. RELACIONES ENTRE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES PROPIAS DEL COMERCIANTE O EMPRESARIO

A consecuencia de la estratificación de textos legales en el conjunto del Derecho español, es preciso analizar con cuidado las relaciones entre las principales instituciones concursales, teniendo presente que las relaciones entre ambas subrayan, a veces, el verdadero significado que poseen en la economía.

#### A) LA CRÍTICA DE LA SUSPENSIÓN DE PAGOS EN SUS RELACIONES. LA QUIEBRA

La opinión pública española no es muy favorable a la suspensión de pagos. Como ya se ha señalado, esta institución concursal goza de mala prensa (incluso en el sentido estricto de la expresión), y tampoco está muy bien acogida por un sector relativamente considerable de los juristas. La Ley de 1922 ha admitido la *posibilidad de solicitar quita o rebaja de los créditos* y, claramente, la *posibilidad de que una insolvencia definitiva se tramite con el consentimiento de los acreedores como una suspensión de pagos*.

Las imputaciones desvaloradoras de la suspensión de pagos son constantes. Han llegado y se expresan abiertamente por la opinión pública. «La mayoría suponen quiebras disimuladas» (92). Es una «legislación de manga ancha» (93) y la «suspensión calificada de insolvencia definitiva es absurda» (94) y presta buenos servicios «disfrazando las quiebras con piel de suspensión» (95).

Estas acusaciones se completan con la denuncia de que es *unilateralmente ventajosa para el deudor*, ya que trata de *evitar la quiebra a todo trance* (96), *dificultando al pequeño acreedor el cobro de sus*

(92) *Sábado Gráfico*, núm. 911, 16 nov. 1974.

(93) *Informaciones económicas*, 4 enero 1975.

(94) *Idem*, *id.*

(95) *Doblón*, 26 octubre 1974, pág. 6.

(96) *Informaciones*, *cit.*

créditos (97), y, en todo caso, permite establecer *convenios demasiado ventajosos para el deudor* con rebaja escandalosa de los créditos. y con aplazamientos superiores a los tres años.

Por otro lado, la utilización de la suspensión tampoco ha sido muy escrupulosa. En este aspecto se denuncian «trucos contables» en la realización del balance presentado por «empresarios expertos en suspensiones que acuden a ellas con la sola idea de no pagar sus deudas al amparo de la Ley de Suspensiones» (98). En *La quiebra*, J. A. de Zunzunegui dice, refiriéndose a la crisis de una (ficticia) empresa bancaria: «Desde 1901 en que se funda la primera Taula de Canvi en Barcelona, hasta aquí, no he conocido una suspensión de pagos más sin sentido, más estúpida... porque si cualquiera hubieran estafado en su provecho...; pero ni eso». Se han derrumbado las esperanzas del protagonista de que la suspensión sea una «medida de buen gobierno-tomada por el consejo en vez de una catástrofe...», porque «las suspensiones se hacen antes de llegar a eso..., precisamente para evitarlo».

### 1. *Insolvencia e iliquidez*

Generalmente la doctrina jurídica reprocha a la Ley de Suspensiones haber «enturbiado la claridad del tradicional sistema español» (99). La quiebra y la suspensión eran dos instituciones distintas, «destinadas a regular distintas situaciones de anormalidad en el cumplimiento». Según este mismo pensamiento mantenido por la generalidad de los críticos de la ley de 1922, la suspensión de pagos suponía la solvencia patrimonial del deudor comerciante, aunque por falta de liquidez, no pudiera cumplir sus obligaciones en los vencimientos previstos. La quiebra, por otro lado, presupone la insolvencia propia definitiva del deudor en la que el pasivo del patrimonio es superior al activo.

Resumida de esta forma la postura generalizada de la doctrina española, cabe decir que responde a un esquema abstracto, que encontró su realización positiva en el CCom. de 1885, *no originariamente* cuando se promulgó el mencionado cuerpo legal, sino cuando, de acuerdo con la *modificación introducida por la Ley de 10 de junio de 1897*, el suspenso no podía solicitar quita o rebaja de las deudas que gravaban el patrimonio del deudor, y, por lo tanto, se daba por supuesto que el deudor tenía bienes suficientes para atender, en los plazos fijados por el convenio, todas sus deudas.

- a) *La insolvencia o desbalance no es presupuesto de la suspensión porque la Ley de 1922 no ha modificado el CCom.*

La doctrina española ha intentado después de la promulgación de la Ley de 1922 mantener lo que consideraba el sistema tradicional mediante diversos medios interpretativos. En primer lugar, se ha silencia-

(97) *Sábado Gráfico*, cit.

(98) *Doblón*, cit.

(99) Así, últimamente, BROSETA, *Manual*, cit., 2.ª, pág. 673.

do la línea evolutiva que arranca nítidamente de la Ley de 1869 y se conserva en la primitiva redacción del CCom. hasta la reforma de 1897. En segundo lugar, procurando compatibilizar, en el plano procesal o incluso en el sustantivo, los preceptos de la LSP con los preceptos (reformados) del CCom.

Una solución que parecía proponerse para salvar la simetría del sistema —insolvencia/quiebra; iliquidez/suspensión de pagos— consistía en afirmar que *los artículos 870 y 871 del CCom. continuaban vigentes*, no obstante la promulgación de la Ley de 1922. Con anterioridad a esta fecha no existía un procedimiento específico y completo para tramitar procesalmente la suspensión de pagos —innovación del CCom. según sabemos por su E. de M.— y la práctica utilizaba para cubrir este vacío legal el procedimiento previsto para la sustanciación de la quita y espera, antesala o preliminar del concurso de acreedores (100). La Ley de 1922, como descubría su E. de M. no tenía más que designios procesales; es decir, facilitar la conclusión del convenio mediante la simplificación de los trámites y la introducción de un procedimiento escrito para el supuesto de que el deudor suspenso tuviera más de 200 acreedores. Ahora bien, *si la reforma de 1922 se movía en el plano procesal, los aspectos sustantivos ya establecidos en el CCom. quedaban intocados*. Por lo tanto, los presupuestos sustantivos de la suspensión no habían sido modificados por la Ley de 1922 y, en último extremo, las demandas de suspensión no podían presentarse más que dentro de los límites materiales establecidos por el artículo 870: cuando el deudor tuviera bienes suficientes con los que atender la totalidad de sus deudas, aunque por el momento no pudiera pagarlas (101).

*Esta postura doctrinal no ha prevalecido sin embargo*, y, prácticamente, todos los autores consideran actualmente que los artículos 870 y 871 han sido *derogados implícitamente* según Vicente y Gella (102) —o, al menos, que, después de la promulgación de la LSP, son *ineficaces y no pueden aplicarse ya*, según sostienen González Echavarrí (103) y Mur Sancho (104)— o que *subsisten parcialmente en cuanto no están en contradicción con lo dispuesto por la Ley de 1922*, que distingue inequívocadamente entre insolvencia provisional o insolvencia definitiva. Por este camino se llega a la tesis reciente de mantener *parcialmente la vigencia del artículo 870*, p. e., Cuñat Edo (105). Pero la mayoría de los autores consideran *derogados* estos preceptos: Uría, Sánchez Calero, Torres de Cruellsz, Sagera (106).

(100) BLANCO CONSTANS, ob. cit., pág. 325; BENITO ENDARA, ob. cit., pág. 726.

(101) Vid. BENITO, *Manual de Derecho mercantil*, núm. 3.095, GARRIGUES, *Curso II*, pág. 714.

(102) VICENTE GELLA, ob. cit., págs. 687 y ss.

(103) GONZÁLEZ ECHAVARRI, ob. cit., pág. 150.

(104) MUR SANCHO, ob. cit., pág. 69.

(105) CUÑAT EDO., *El presupuesto objetivo de la suspensión de pagos*, R. Jr. Cataluña, 1976, págs. 7 y ss., págs. 16 y ss.

(106) SAGERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, I (Barcelona, 1974), especialmente págs. 108 y ss.

Recientemente, Cuñat Edo (108) ha ensayado una interpretación que intenta salvar en parte la vigencia de los artículos 780 y 781 CCom., compatibilizando estos preceptos con lo dispuesto por la LSP 1922.

Según esta postura, el deudor que solicite la suspensión ha de estar al corriente en el pago de sus deudas, o ha de haber dejado de cumplir una obligación en las cuarenta y ocho horas anteriores a la solicitud. Si ninguno de estos supuestos se han producido, el juez rechaza la solicitud.

La exigencia de que el deudor que solicite la suspensión de pagos se encuentre al corriente en el pago de sus obligaciones es un requisito que Cuñat ha mantenido sobre la base de una investigación histórica y de que esta exigencia no contradice ninguna de las reformas introducidas en 1922 por la LSP. La alternativa a este requisito sería que la suspensión se solicite dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al primer incumplimiento (109). El argumento más importante es el de que «se rompe aquella presunta identidad de situaciones como presupuesto de ambas (quiebra y suspensión), que, de hecho, convierte la elección de la quiebra o de la suspensión de pagos en un problema de velocidad deudor-acreedor» (110). El primero de los presupuestos consiste en que el deudor no tiene pendiente, sin pagar, ninguna deuda vencida.

La principal ventaja de esta postura, según su propugnador, es que así se evita que la declaración de suspensión sea el resultado de que el deudor se ha anticipado a sus acreedores compareciendo ante el juez para pedir su suspensión antes de que aquéllos lo hicieran para pedir la quiebra.

La audaz y aguda interpretación propuesta por Cuñat en el plano exegético y en el valorativo supone la vigencia del CCom. en cuanto a los presupuestos de la suspensión. Pero recortar la vigencia de dichos preceptos en los límites que lo hace el autor mencionado implica establecer una distinción entre presupuestos para la solicitud de la suspensión y presupuestos para la declaración de suspensión que no está en la ley y que, a la vista de la función asignada a la suspensión, no es compatible con el sistema legal de la Ley de 1922. Rechazar la solicitud del deudor cuyo pasivo supere al activo supondría que el juez, antes de conocer las causas de la posible suspensión solicitada, pueda disponer del derecho de los acreedores a que la crisis económica de su deudor sea tramitada mediante la suspensión de pagos a pesar de que el pasivo supera al activo. Por otro lado, en el sistema legal no hay inconveniente en que el deudor, aun contando con bienes suficientes, proponga un convenio de quita o rebaja de los créditos, que los acreedores pueden aceptar —siempre que no puedan ser satisfechos inmediatamente por falta de liquidez.

(107) CUÑAT EDO, *El presupuesto objetivo*, cit.

(108) Autor, ob. cit., pág. 20.

(109) CUÑAT, ob. cit., págs. 16 y ss; y, más adelante, págs. 20 y ss.

(110) Autor y ob. cits.

Finalmente, el hecho de que un deudor se encuentre al corriente en el pago de sus deudas no permite excluir, sin un análisis minucioso, que no se encuentra en una situación de crisis —incluso de crisis grave—, cuando para mantenerse en estado de solvencia ha recurrido a caros y sofisticados procedimientos para obtener el crédito que le permite mantener (y prolongar en perjuicio de sus acreedores) una apariencia de empresa floreciente. Son los acreedores —tanto en el supuesto de que el deudor cuente con medios líquidos suficientes como de que carezca de ellos—, quienes habrán de valorar la conveniencia de aceptar un convenio en esas condiciones.

Además, —y en este aspecto el CCom. está claro en un sentido—, permitir que el deudor presente inmediatamente o en el breve plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes a su primer impago con carácter general, la solicitud de suspensión tiene la *ventaja de clarificar inmediatamente su situación patrimonial*, proclamando a través de su solicitud la grave crisis económica por la que atraviesa sin obligarle a recurrir a la realización de operaciones que le permitan enmascarar, transitoriamente, su verdadera situación de impago. Para lograr este objetivo tiene que acudir al crédito que le permite equilibrar su pasivo y activo, pero a cambio *de dilatar la publicación de su situación* y, sobre todo, a costa de *complicar considerablemente su situación patrimonial*, con el riesgo de una posible impugnación de estas operaciones, cuya destrucción pondría de manifiesto su (anterior encubierta) insuficiencia patrimonial. En definitiva, entre el interés a no impulsar una competición entre los acreedores y el deudor común en acudir al juez presentando la solicitud y el interés de que se publique cuanto antes la situación crítica del deudor, parece indudable que debe darse preferencia a este último, evitando así los inconvenientes que pueda producir el dilatar la suspensión (o la quiebra, aparentemente más rigurosa, pero que puede carecer de interés económico).

b) *La insolvencia como término genérico que abarca el desbalance y la iliquidez*

Por lo tanto, la Ley de 1922 es *innovadora en lo que se refiere a la terminología utilizada* para describir el presupuesto objetivo que constituye la crisis económica de la empresa. El poseer bienes suficientes de los artículos 870 y 871 CCom. ha desaparecido y en la solicitud para pedir la suspensión el deudor solicitante ha de expresar con la posible exactitud, la relación en que se hallan en la fecha en que se produce dicha petición, los bienes del solicitante y el conjunto de sus obligaciones (arts. 2. y 1.º). La relación de ambas magnitudes puede ser cualquiera: el valor de los bienes puede ser igual al de las deudas, o superior, pero puede ser también inferior. El juez, en cualquier supuesto, decreta la admisión. En esta dirección, Broseta afirma que los empresarios «pueden solicitar su declaración en estado de suspensión, tanto los que se encuentran en estado de iliquidez como los.

que sufran un estado de insolvencia patrimonial definitiva (pasivo superior a su activo)» (110 bis).

La suspensión de pagos, dice en forma semejante Sánchez Calero (110 ter), es un procedimiento al que pueden acudir «todos los empresarios en crisis económica, cualquiera que sean las causas de que no pueda hacer frente a las deudas en las fechas de sus vencimientos».

El sobreseimiento general del artículo 874 CCom. se transforma en la *insolvencia*. Esta es, en la LSP, un término genérico: designa *todo supuesto de crisis económica*, que impide el cumplimiento puntual de las obligaciones del empresario, distinguiéndose entre una insolvencia provisional, y una insolvencia definitiva. La *insolvencia provisional* abre incondicionalmente la suspensión de pagos —a petición del deudor en dificultades económicas que tiene bienes suficientes para pagar todas sus deudas, pero que no puede hacerlo puntualmente en el sentido que se dirá más adelante—. La *insolvencia definitiva* es una situación de insuficiencia del activo para pagar todos los créditos en su totalidad, pero que, a petición del deudor y sin oposición de los acreedores, permite también la declaración de suspensión de pagos. La insolvencia provisional equivale a la *iliquidez*. La insolvencia definitiva es la *insolvencia propiamente dicha* en la que el activo resulta insuficiente para cubrir la totalidad del pasivo (111).

La diferencia actual entre insolvencia definitiva (o insolvencia propiamente dicha) e insolvencia provisional (o liquidez) no consiste en que la primera sea el único presupuesto objetivo de la quiebra y la segunda sea presupuesto único de la suspensión de pagos. *Tanto una como otra situación objetiva pueden abrir la quiebra o la suspensión. La iliquidez puede abrir la quiebra*, si el deudor común no solicita la suspensión antes que los acreedores pidan su declaración de quiebra como consecuencia del impago general. Es dudoso (y ya se verá la interpretación adecuada) que la opción que el artículo 871 CCom. concede al deudor de presentarse en suspensión de pagos dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una (primera) obligación insatisfecha excluya durante el mencionado plazo la facultad de los acreedores de pedir la quiebra. Es, por el contrario, indudable que *el deudor tiene la opción de elegir* entre la suspensión de pagos y la quiebra, o —si no se reconoce la obligación de pedir la declaración de quiebra— abstenerse de cualquier iniciativa, dejando que ésta sea tomada por los acreedores.

La doctrina no ha vacilado en considerar como un caso de quiebra la del comerciante que tiene bienes suficientes pero que, sin embargo, no alcanza la aprobación del convenio con sus acreedores en el estado preliminar de la suspensión. Lo que se discutía de esta situación era su posible calificación como quiebra fortuita (112), pero no la proce-

---

(110 bis) BROSETA, *Manual*, cit., pág. 674.

(110 ter.) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, cit., pág. 501.

(111) Aunque el núcleo de la institución sea el mismo, hay diferencias de régimen que se examinan más adelante en sus aspectos más generales.

(112) V. MUR SANCHO, en *Estudios*, II, pág. 198, nota 2.

dencia de la declaración de quiebra. Igual sucede con el supuesto de que dejara pasar las cuarenta y ocho horas siguientes al impago de sus obligaciones sin solicitar la suspensión.

Por otro lado, *la insolvencia propiamente dicha es también presupuesto objetivo para ambos procedimientos*. Para la quiebra —a petición de los acreedores legitimados para ello, o del propio deudor común— es presupuesto indudable. Para la suspensión de pagos, es también presupuesto objetivo de este estado, pero *doblemente condicionado* por la *petición anticipada del deudor y por la falta de oposición de los acreedores* con los porcentajes indicados en el artículo 10, I i. f. LSP.

La *diferencia*, pues, entre el suspenso en situación de insolvencia definitiva y el quebrado en situación de desbalance consiste en que el suspenso *cumplió diligentemente su carga (onus)* de solicitar la suspensión antes que los acreedores pudieran solicitar la quiebra y, además, *contó con la aquiescencia de la gran mayoría de sus acreedores*, mientras que el quebrado en la misma situación, o bien no cumplió con diligencia su deber de solicitar la suspensión (dejando transcurrir las cuarenta y ocho horas siguientes al primer incumplimiento sin solicitud), y sus acreedores solicitaron la quiebra (antes que el deudor o bien, solicitada ésta en tiempo hábil, no contó con la benevolencia de sus acreedores, o bien se solicitó directamente la quiebra por el propio deudor.

En realidad, con esta construcción —que responde indudablemente a la letra de la LSP— el deber impuesto al deudor de solicitar la suspensión en las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que se produce el (primer) incumplimiento de una de sus obligaciones —sea o no un incumplimiento general— tiene la naturaleza *no de una obligación en sentido estricto, sino de una carga*. Es decir, el deber de acudir a la institución concursal, *no puede ser ejecutado coactivamente* si el sujeto pasivo del deber omite su cumplimiento o se niega a ello, y tampoco se le impone una sanción directa en caso de incumplimiento. El *estímulo* para el cumplimiento de este deber de presentarse diligentemente en suspensión consiste en la posibilidad de evitar las graves consecuencias que tiene la apertura de la quiebra, en caso de que no suceda así. *Es una clase de deber que corresponde tanto al interés del deudor común como al interés de los acreedores*: el primero tiene interés *en evitarse la quiebra*, con la consiguiente disolución de la organización de su empresa; los segundos, *conocer lo más rápidamente posible la situación de apuro económico* en que se encuentra el deudor y, en su caso, la situación real de la empresa, para llegar a un posible convenio con el deudor antes de que los gastos y el tiempo deterioren, decisiva y gravemente, el patrimonio de la empresa, y, con ello, sus expectativas de cobrar. Por esta razón *el ordenamiento deja a la apreciación del deudor el cumplimiento del deber de solicitar la suspensión*, acogiéndose a los beneficios de la suspensión, o bien, por el contrario, correr el riesgo de prolongar la petición



de la suspensión y de que se encuentre declarado en quiebra a iniciativa de sus acreedores.

Es en este punto donde la nueva Ley de 1922 ha venido a *aumentar las posibilidades del deudor*. De acuerdo con el CCom. la omisión del deber de solicitar la suspensión en el plazo de las cuarenta y ocho horas llevaba la sanción, grave, de que, una vez transcurrido, los acreedores podían solicitar la quiebra. *Una vez transcurrido, el deudor perdía la posibilidad de solicitar la suspensión de pagos*: los acreedores podían solicitar incondicionalmente la quiebra y el deudor carecía de medios para oponerse a su declaración si no probaba que se encontraba al corriente en el pago de sus obligaciones. En la actualidad, el plazo de las cuarenta y ocho horas *impide que el acreedor impaciente o de mala fe solicite la quiebra*. Transcurrido el plazo, el *acreedor puede solicitar la quiebra y el deudor*, si los acreedores no la solicitan, *continúa siendo titular de la facultad de solicitar la suspensión de pagos*. El plazo de las cuarenta y ocho horas conserva su *carácter impeditivo del derecho de los acreedores*; pero *ha perdido el carácter preclusivo del derecho del deudor a solicitar la suspensión* (113).

En segundo lugar, la Ley de 1922 ha introducido la posibilidad de que un deudor *sin bienes suficientes solicite una quita* y que, incluso el deudor, *con bienes suficientes pero con problemas de liquidez, obtenga quita o rebaja de sus acreedores*. *La rebaja de los créditos del suspenso no está condicionada, pues, por la situación deficitaria del deudor común*. Por otro lado, —y sin que esto suponga, por ahora, un juicio de valor— la quita o rebaja *puede ser tan amplia* como proponga el deudor y consientan los acreedores, sin que la ley establezca un límite a la rebaja de los créditos. *Tampoco se establece un límite al plazo por el que se solicita* —y, eventualmente, se concierta— la espera: el plazo límite de los tres años ha desaparecido.

*Pero la diferencia entre insolvencia provisional e insolvencia definitiva aflora en el momento de la aprobación del convenio* (114).

Los *convenios de espera con plazo superior a los tres años o con una rebaja*, cualquiera que sea su cuantía, deben ser aprobados con mayorías superiores: además de la mayoría personal de los acreedores concurrentes —mayoría no requerida cuando el número de los acreedores es superior a doscientos—, se requiere las tres cuartas partes del pasivo computable en primera convocatoria (75 por 100), frente a las tres quintas partes en la espera de menos de tres años (60 por 100) y de las dos terceras partes (66,33 por 100) en segunda convocatoria que no existe para las suspensiones de menos de doscientos acreedores. En comparación con las mayorías exigidas para la celebración del convenio en la quiebra donde se requiere siempre la mayoría de los concurrentes y, además, que éstos cubran las tres quintas partes del total pasivo (art. 901 CCom.), se observa la siguiente relación reflejada en el cuadro:

(113) MUR SANCHO, *Adiciones a los Estudios de Blanco Constants*, cit., II, página 363-65.

(114) Además de los requisitos exigidos para la declaración, que hemos examinado.

Quiebra o suspensión con convenio de tres años:	}	Mitad más uno de acreedores concurrentes.
		Tres quintas partes del pasivo computable.
Suspensión con convenio de otra índole (quita) espera superior a tres años.	}	1. <sup>a</sup> convocatoria
		2. <sup>a</sup> convocatoria
	}	Mitad más uno de concurrentes. Tres cuartas partes.
		Mitad más uno de acreedores concurrentes. Dos terceras partes de pasivo computable.

Por lo que toca a las relaciones legales entre quiebra y suspensión indican que en tesis general se ha concedido *prioridad a la suspensión sobre la quiebra*, por lo que, como ha subrayado el T. S. (SS. 29 de diciembre de 1927; 3 de junio de 1933), la suspensión de pagos tiene prioridad con relación a la quiebra; mientras exista la posibilidad de que aquélla se declare no puede pasarse a la quiebra. Una vez solicitada la suspensión de pagos, los acreedores no podrán solicitar la quiebra mientras se tramite el procedimiento de suspensión. Incluso en el supuesto de solicitud simultánea de la suspensión por el deudor y de la quiebra por los acreedores, continúa teniendo prioridad la suspensión de pagos. Este es un beneficio del deudor y los acreedores, si representan un interés apreciable, podrán, una vez declarada la insolvencia definitiva, pedir la declaración de quiebra y, en último extremo, impedir la celebración del convenio si cuentan con el porcentaje requerido para ello. Pero una vez solicitada la quiebra por los acreedores, y admitida a trámite de información por el juez, el deudor no podrá solicitar la suspensión para paralizar la quiebra (115).

## 2. Insolvencia y comportamiento correcto del deudor

En otra dirección también se ha desvalorizado la postura de la Ley de 1922. Para ello se abandona —o se deja en un segundo plano— el aspecto objetivo del presupuesto económico y se centra la atención sobre la actitud subjetiva del deudor.

En definitiva, la crítica dirigida contra la Ley de 1922 y su sistema ya no se dirige principalmente contra el hecho de que un deudor en estado de insolvencia definitiva puede llegar a un convenio previo a

(115) Sobre estas relaciones, con un cuidadoso análisis de la jurisprudencia del T. S. SOTILLO MARTÍ, *En torno a la coincidencia temporal entre la solicitud de suspensión de pagos y la quiebra*, *Comentario a la Sentencia del T. Supremo de 26 de nov.-76*, RJC, 1977, págs. 77 y ss. Vid FERNÁNDEZ VALENCEIA, *Declaración de quiebra o suspensión de pagos. ¿Qué debe ser prioritario?*, en *Actualidad Económica*, 5 abril 1977, págs. 19 y ss.

la quiebra con sus acreedores, evitando la liquidación de la totalidad del patrimonio deudor, sino contra la circunstancia de que *esta posibilidad no se reserve a los empresarios ordenados y de buena fe* que acceden a la insolvencia por circunstancias fortuitas, y se prohíba «para los que la provocan de un modo culpable o fraudulento» (116).

La tesis de que la suspensión de pagos debía tener como base la insolvencia del deudor común y su irreprochable conducta al frente de su empresa fue defendida por dos ilustres profesores de Valladolid, González de Echavarrí y De Miguel Romero (117). La «verdad sabida y buena fe guardada» que impregna el tráfico mercantil, debe ser el fundamento de la suspensión de pagos, debiéndose exigir al deudor que se acoge a este beneficio su buena fe y correcto proceder al frente de su empresa, ya que quien ha actuado con honradez debe ser protegido en «el honor de su crédito, y su buena opinión y fama», concediéndole una espera en el pago de sus créditos. Consecuentemente, la buena fe del deudor implica que a la situación de cesación general se ha llegado por una «falta de coincidencia entre los vencimientos como acreedor de aquellos otros bienes y otros que tuviera como deudor, o por dificultad en transformar bienes, o por retraso en sí mismo», pero no por maniobras desleales del deudor. Esta situación, radicalmente distinta a la falta de bienes con que pagar, unida a la buena fe del deudor, debe justificar un tratamiento distinto de ambas situaciones: Para atender a la situación que puede desembocar en la suspensión es suficiente con que los acreedores concedan a su deudor un aplazamiento en la ejecución de sus créditos.

### 3. La defensa del sistema legal español

Sin embargo, a pesar de las críticas expuestas, no han faltado opiniones que han valorado favorablemente el sistema de la Ley de 1922, oponiéndose durante el debate parlamentario de 1897 a que se modificara la redacción originaria del CCom., y más adelante, durante la vigencia de la reforma, defendiendo la viabilidad del proyecto de la Ley de 1922, durante las discusiones anteriores a su discusión y, finalmente, estimando correcto el sistema de la Ley (118).

Entre los autores que hacen una valoración favorable de la Ley de 1922 se encuentra Vicente y Gella (119). Para este autor la Ley de Suspensiones de Pagos es «digna de todo elogio desde el punto de vista de la técnica concursal». El argumento utilizado para este juicio se mueve en el plano de los intereses privados exclusivamente.

Para ello, Vicente y Gella considera que el comerciante tiene in-

(116) Así, por último, BROSETA, *ob. cit.*, pág. 674.

(117) GONZÁLEZ DE ECHAVARRÍ Y DE MIGUEL ROMERO, *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos de 14 de septiembre de 1922*, cit.

(118) Es instructiva la confrontación entre el texto original de Blanco Constans y las anotaciones de MUR SANCHEO, en *Estudios II*, cit. loc. cit.

(119) VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho mercantil comparado*, cit., página 680.

terés en cobrar puntualmente. La dilación en el pago de los créditos es tan grave como la falta de activo con el que satisfacer el crédito. El *aplazamiento es, en este sentido, una quita o rebaja encubierta*, puesto que un simple cálculo demuestra que el aplazamiento sin intereses representa una disminución de la entidad del crédito aplazado. Por otro lado, el acreedor, si es comerciante, necesita fondos continuamente, por lo que tiene un *interés mayor en el pago puntual que en el pago íntegro* ya que un pago íntegro, pero retrasado, puede, a su vez, colocar al acreedor en una situación económica apurada, pues con el aplazamiento de sus créditos carecerá de los medios con los que en sus planes contaba para satisfacer, puntual e íntegramente, sus propias deudas.

Si como acaba de decirse, *es más grave el pago impuntual o aplazado que el pago parcial*, consecuentemente, no aparece claro el fundamento por el que ha de ser tratado más benignamente el deudor que tiene bienes y no puede pagar actualmente —sometido a la suspensión— que el deudor que carece de bienes —sometido a la quiebra.

Por otro lado, si cuando el pasivo supera el activo ha de declararse necesariamente la quiebra, resultará que el convenio sólo puede proponerse y celebrarse *después de haber transcurrido un lapso de tiempo generalmente dilatado* (dada la complejidad y magnitud de los intereses implicados), por lo que el convenio, si llega, se celebrará en un trámite relativamente avanzado del procedimiento concursal. El convenio después de la declaración de quiebra no satisface los intereses de los acreedores. En esta situación, las perspectivas de los acreedores no mejoran, ya que, después de haber transcurrido tiempo, no puede esperarse razonablemente que la fortuna del quebrado se haya reconstruido —o, al menos, se hayan restablecido sus expectativas patrimoniales—, sino que, como es natural, el patrimonio del quebrado se habrá quebrantado todavía más, como consecuencia de los gastos extrajudiciales —abiertos (créditos) o encubiertos (condiciones inusuales)—, como consecuencia de los gastos judiciales, como reflejo de la pérdida del crédito y, finalmente, como consecuencia del deterioro general que experimenta la empresa sometida a una administración como encapsulada y dirigida a los fines —casi— exclusivos de su liquidación.

Para evitar estos inconvenientes, parece adecuado permitir que el deudor, cualquiera que sea el estado de su fortuna, proponga a sus acreedores un *convenio que pueda realizarse antes de consumir los largos y dispensiosos trámites judiciales de la quiebra*, que no aumentarán, sino disminuirán, las expectativas económicas del deudor.

Ha habido un acercamiento de los intereses de los acreedores a que sus créditos se satisfagan y del interés de los empresarios a conservar sus empresas. «Esta identificación —describe Rojo— (120), entre el interés empresarial y el interés de los acreedores... se traduce por la clara primacía de las suspensiones de pagos sobre las quiebras,

---

(120) ROJO, ob. cit.

que quedan relegadas en el plano fáctico a la categoría de procedimientos de excepción». Y por encima de esta coincidencia de intereses privados, reforzándola, *la coincidencia con el interés público*. Por esta razón, últimamente las valoraciones de la suspensión de pagos parecían modificarse. La suspensión ha prestado «buenos servicios al deudor y a los acreedores» —decía recientemente Pedrol, buen conocedor de la práctica española. La razón de esta nueva postura, que comienza a desvanecerse otra vez ante la ola de quiebras encubiertas bajo suspensiones, consiste en que, como ya apuntaba Vicente y Gella, la suspensión ha permitido la celebración de un *convenio preventivo*, sin necesidad de seguir el procedimiento de quiebra, con la *garantía de la autoridad judicial* y con *menores gastos*. Y este convenio se ha celebrado *en tiempo útil*, cuando la empresa del suspenso todavía no se ha deteriorado por la inacción del suspenso y cuando éste todavía tiene algunas expectativas de reconstruir su empresa con el consenso de los acreedores al permitir que su insolvencia definitiva —no afianzada o superada— se convierta en insolvencia provisional (121).

Cuando Pedrol, decano del Colegio de Abogados de Madrid y presidente del Consejo General de la Abogacía Española, enjuicia públicamente la situación y las perspectivas actuales de este campo jurídico (122), reconoce que la Ley de Suspensiones, aunque ha establecido un procedimiento «más ágil y ha prestado buenos servicios al suspenso, al deudor y a sus acreedores», no está absolutamente desprovista de defectos y, por lo tanto, debe procederse a su reforma —a la que «debería dársele trato de preferencia en el quehacer legislativo»— que deje resueltos los problemas planteados.

Estos problemas deben resolverse partiendo del hecho de que la crisis económica de la gran empresa no afecta sólo al deudor y sus acreedores, sino que pueden afectar también al interés público «porque —dice Pedrol— el conjunto de las empresas forman nuestro gran patrimonio público».

En consecuencia, debe ponerse en primer lugar el salvamento de la empresa. La viabilidad de este salvamento y los medios oportunos para hacerlo deben ser decididos por un organismo competente por sus conocimientos para ello. Incluso parece apuntar a un organismo que tuviera «la potestad suficiente» para disponer de medios, económicos y financieros, que, aplicados a una empresa con viabilidad, la permitieran superar «situaciones transitorias de falta de recursos».

Por otro lado, como se trata de arbitrar en favor de los empresarios un «seguro de pérdidas», debe examinarse la conducta del empresario para averiguar la responsabilidad profesional en la que, por su actividad, pudiera haber incurrido, por no haber observado las normas de la legalidad más estricta y el código ético vigente en el campo profesional donde ha desarrollado su actividad.

Esto conduciría al tema de la *reestructuración de la gama de san-*

(121) FAIREN GUILLÉN, *Sistema...*, cit., pág. 21.

(122) PEDROL, *Empresarios en libertad provisional*, Doblón, 26 octubre 1974. 6-7.

ciones de los empresarios por su conducta desleal o simplemente negligente al frente de la empresa. La conducta correcta del deudor no sería de esta forma presupuesto de la suspensión, sino condición para que no se aplicaran las sanciones penales previstas en la legislación. Pero sobre esto ha de volverse más adelante.

Ante la nueva actitud valorativa de la doctrina española, y ante las direcciones de la política que se insinúan tanto en los sistemas de economía de mercado como en los de dirección central, es necesario volver a examinar las objeciones elevadas frente a la suspensión de pagos.

Ahora bien, frente a las dos direcciones de ataque esbozadas por la doctrina tradicional contra el sistema de la Ley de 1922, cabe hacer las siguientes observaciones, las cuales, por este camino, nos van a conducir al núcleo de la cuestión suscitada por el derecho actual.

Ante todo, *no es cierto que el sistema tradicional español haya sido constantemente el que estaba vigente en los artículos 870-871 de la CCom. cuando se discutió y promulgó la Ley de 1922*. El sistema tradicional de las ordenanzas de Bilbao y del CCom. de 1829 no se recoge directamente por el CCom. de 1885 en su primitiva redacción. La tradición española se había roto, si bien excepcionalmente, con la ley especial de 1869, que regula la crisis económica de las compañías de ferrocarriles. En esta ley, dada en unas delicadas circunstancias económicas de las compañías de ferrocarriles, que después habían de repetirse con carácter general y casi permanente, se anticipa el sistema que en sus líneas generales había de recibirse años más tarde por la Ley de 1922 y, antes, de una manera general, por el CCom. de 1885.

No es momento para detenerme en el estudio de la Ley de 1869 —que he analizado recientemente en el marco del Derecho mercantil y administrativo producido por la Revolución de 1868—, pero sí me parece oportuno hacer esta nueva referencia a esta ley de quiebras (en sentido amplio) que ha pasado prácticamente inadvertida para los historiadores de las instituciones concursales del Derecho español, que va a influir posteriormente en la evolución del derecho español de concursos y que aún hoy día continúa vigente —en el ámbito especial de su aplicación— en el Derecho español (arts. 930-941 CCom.). (122 bis).

En el mismo sentido que acaba de exponerse, un autorizado expositor de la suspensión de pagos, Torres de Cruells (123), considera que la doctrina auténticamente española es la de que el presupuesto objetivo de la quiebra y de la suspensión es el mismo partiendo de la misma situación crítica, si el deudor común, adelantándose a sus acreedores o supliendo la inercia de éstos, solicita, en la misma situación que hubiera justificado la declaración de quiebra, que se abra un período de discusiones para intentar alcanzar un convenio con sus acree-

(122 bis) V. mi trabajo sobre la Ley de 1869 en los Estudios en honor del Prof. A. POLO, de próxima aparición.

(123) TORRES DE CRUELLS, *La suspensión de pagos* (Barcelona, 1957), pági-  
na 119 y ss. V. también MURILLO RUBIERA, *La suspensión de pagos y el Dere-  
cho mercantil*, en Rev. Der. Proc. Ib., cit., págs. 1005 y ss.

dores antes de que se realicen los trámites que en el derecho de la quiebra en sentido estricto, preparan, con gastos excesivos, la liquidación de la empresa, y al margen de su culpabilidad o inocencia en la producción de la situación de crisis.

La suspensión de pagos, más que un procedimiento *preliminar* o *previo* al de la quiebra, aparece así como una *quiebra abreviada* (124), en la que el principal objetivo lo constituye la celebración de un convenio que, en interés de todos los participantes, evite la liquidación de quiebra.

«El CCom. de 1829 no concede más que diversas gradaciones de una institución única que es la quiebra. Entre las «cinco clases de quiebra» art. 1.002) que conoce el CCom. de Sáinz de Andino, la suspensión de pagos —a la que luego se refiere el artículo 1.003 como quiebra «de primera clase», igual que a la «insolvencia fortuita» llama después «quiebra de segunda clase» (art. 1.004) —viene definida como aquélla en la que el «comerciante, manifestando bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, suspende temporalmente los pagos y pide a sus acreedores un plazo en que pueda realizar sus mercaderías o créditos para satisfacerles».

Bien es verdad que la doctrina de la época (125) afirma que esa clase de quiebra no «es..., en rigor, una quiebra verdadera». Si el deudor común posee bienes suficientes para pagar a todos sus acreedores, y es tan sólo la falta de numerario o alguna otra de las vicisitudes «frecuentes en el comercio» lo que impide el pago instantáneo de los créditos. La suspensión de pagos es el único medio en estas circunstancias para conocer el «estado en que se hallan sus negocios». Y «si los acreedores benévolos a los deseos del comerciante le otorgan el plazo, ni habrá lugar a los procedimientos establecidos para los demás casos, ni a la declaración de quiebra» (126).

La reconstrucción anterior del estado legal durante la vigencia del CCom. 1829, utilizando la doctrina y el texto legal interpretado, parece reproducir la contraposición entre «comerciante con bienes suficientes para cubrir todas sus deudas» —al que se le permite la suspensión de pagos y la celebración de convenios con sus acreedores sin entrar en la quiebra—, y comerciante sin bienes suficientes para cubrir todas sus deudas» —que tendrá que acudir a la quiebra, en cuyo marco, después de unas operaciones, podrá llegar el comerciante deudor insolvente a un convenio con sus acreedores.

Ahora bien, la consideración conjunta y sistemática del CCom. de 1829 demuestra la posibilidad de que, incluso partiendo de esta contraposición, el deudor y los acreedores pudieran celebrar tempranamente un acuerdo o convenio que impidiera la liquidación mediante acuerdo.

En la primera junta de acreedores (art. 1.067), el quebrado o su apoderado podía hacer proposiciones a los acreedores sobre el pago

(124) TORRES DE CRUELLS, ob. y loc., cits.

(125) V. comentario al artículo 1003 del C. Com. 1829, pág. 385, nota 3.

(126) Del comentario citado, loc. cits.

de sus créditos. Y por otro lado, en el sistema del CCom. de 1829, la calificación de la quiebra no era un presupuesto para que pudieran celebrarse convenios (art. 1.061) como lo será después el CCom. de 1885, ni tampoco que la calificación de la quiebra fuera la de quiebra no fraudulenta.

Pero más radicalmente, la *redacción original del vigente CCom. de 1885* establecía un sistema en el que se preveían dos hipótesis en las cuales era de aplicación la suspensión de pagos.

Esta institución se presenta, en efecto, por la E. de M. como una de sus novedades. El CCom. de 1885 declara que «la de dichas modificaciones consiste en haber reconocido de una manera clara y terminante un estado preliminar al de quiebra, que corresponde a la situación en que se encuentran el comerciante que, sin gozar de toda la plenitud de su crédito, tampoco se halla en la triste situación de cesar por completo en el pago de sus obligaciones corrientes». Y congruentemente con esta explicación, el texto normativo admitía claramente dos hipótesis de suspensión.

En efecto, según el artículo 870, antes de la modificación de 1897 pueden acudir a la suspensión de pagos: a) «el que poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas prevea la imposibilidad de efectuarlo a la fecha de sus respectivos vencimientos»; b) «el que carezca de recursos para satisfacerlas en su integridad».

Esta exposición del artículo 870 está confirmada por la E. de M., donde, después de pasar revista a los sistemas posibles de organización y resolución de la crisis económica de la empresa, se afirma que «según el Proyecto, el comerciante que no pudiendo satisfacer en el acto todas sus obligaciones corrientes, cuenta, sin embargo, con recursos o bienes suficientes para *pagarlas íntegramente o con algún descuento...*».

No obstante, es preciso recoger las dudas que asaltaron a la doctrina de la época que no dejó de señalar las inconsecuencias que se producían en el sistema primitivo del CCom. Estas inconsecuencias pueden reconducirse a dos líneas fundamentales:

1.º Partiendo del hecho de que la quiebra implica una imposibilidad de pagar porque el deudor tiene un activo inferior a su pasivo, la suspensión declarada, sin más averiguaciones, al deudor que no tiene bienes suficientes para pagar todas sus deudas es *un caso de quiebra tratado más benignamente que la quiebra que se conduce por el cauce propio de la misma*.

2.º Si la suspensión implica que el deudor tenga bienes suficientes para cubrir todas las deudas, es *absurdo que, a su amparo, el deudor pueda pretender algo más que un aplazamiento para pagar las deudas y llegarse a una rebaja o quita del importe de su pasivo* «cuando éste tenga con exceso bienes suficientes para el pago total de sus obligaciones, lo cual puede dar lugar a fraudes simulados» (127).

No obstante estas observaciones, la doctrina dominante respetó como es natural el sistema legal, planteándose la crítica en todo caso



en un terreno de «lege ferenda». Y esto es lo que en los epígrafes posteriores ha de examinarse, teniendo presente el estado de nuestra legislación y las características de la economía española, a fin de valorar adecuadamente las direcciones de reforma exteriorizadas ya en otros ordenamientos.

#### 4. *La conclusión y las peculiaridades del convenio obtenido en la suspensión*

El convenio entre deudor común y acreedores constituye una nueva relación jurídica entre las partes interesadas, que, bajo el principio de igualdad de trato, sustituye a las que precedentemente existían entre las mismas partes, obligándose a no exigir el cumplimiento más que de lo acordado, y que, una vez cumplido, producirá efectos liberatorios para el deudor y extintivos para los derechos de los acreedores.

En último extremo, tanto en el sistema originario del CCom. de 1885 como en el de la Ley de 1922, *todos los deudores pueden formular la petición de suspensión* de pagos, con la matización de que el deudor insolvente definitivamente tiene que adelantarse a sus acreedores solicitando suspensión antes de que éstos soliciten la declaración de quiebra.

Las *novedades* que la Ley de 1922 introduce en la posición de los acreedores es la de concederles *dos oportunidades para oponerse a (la celebración del) convenio en el caso de insolvencia definitiva*, y en proporcionar al suspenso la *facultad de celebrar convenios fuera y antes de la quiebra, y al margen también de la calificación de su conducta* al frente de su empresa.

En la redacción originaria del CCom., los acreedores, una vez solicitada la suspensión por el deudor, no podían oponerse a la declaración y por lo tanto, la única oportunidad que tenían de cortar el cauce de la suspensión consistía en rechazar el convenio que les ofrecía el deudor y, posteriormente, solicitar la quiebra por los trámites ordinarios.

Con la Ley de 1922, los *acreedores pueden oponerse*, en primer lugar, *a que se continúe la suspensión* cuando la insolvencia es insolvencia definitiva y reúnen el porcentaje requerido legalmente (las dos quintas partes del total pasivo) —bloqueando así la discusión (y, en su caso, la aprobación del convenio). Y, luego, *al discutirse el convenio*, rechazando la propuesta del suspenso.

Una diferencia —a mi modo de ver importante— entre la capacidad del quebrado para proponer convenio a sus acreedores y la capacidad del suspenso para el mismo fin consisten en que la capacidad de éste es *independiente de la calificación de la insolvencia*. Mientras el quebrado calificado como fraudulento no puede celebrar concordato con sus acreedores, el suspenso puede, al margen de cualquier calificación de su conducta al frente de la empresa, celebrar el convenio, siendo facultativo para los acreedores aceptarlo —o rechazarlo—, con lo cual, al abrirse la quiebra, el deudor, si fuera declarado que-

brado fraudulento, ya no podría celebrar concordato con los acreedores (128).

La E. de M. ayuda a interpretar la postura del legislador español acerca del suspenso cuando justifica una peculiaridad de la quiebra de las sociedades mercantiles. En efecto, el CCom. permite a las sociedades presentar convenios en cualquier momento de la tramitación, por lo tanto, antes de la calificación de la quiebra.

La dispensa a las sociedades de la norma que prohíbe al quebrado presentar proposiciones de convenio antes de la calificación de la quiebra y del reconocimiento de créditos se basa en que, por un lado, «no existiendo realmente una persona que en concepto de quebrado deba quedar sujeta a un procedimiento especial, la calificación de su conducta no tiene lugar» y, por otro, en que «la naturaleza de los créditos que suelen constituir el pasivo de dichas sociedades permite adoptar otras reglas más sencillas y breves para su justificación».

En este sentido, el legislador español ha *equiparado el comerciante individual al comerciante social cuando aquél sigue la vía de la suspensión*, siendo, por lo tanto, *un estímulo para que, con su solicitud temprana, publique sus dificultades económicas* y pueda llegar, si así conviene a los acreedores, a un convenio.

## B) CONCLUSIÓN FINAL

La situación económica crítica que desencadena la cada vez más frecuente actividad jurisdiccional ha venido a identificarse después de la Ley de 1922 tanto para la quiebra como para la suspensión. Prácticamente toda la doctrina española admite que la insuficiencia del activo sobre el pasivo puede tramitarse por la vía de la suspensión de pagos, si el deudor solicita la suspensión antes que los acreedores pidan la quiebra y si éstos, durante la tramitación de la suspensión, no se oponen a que se declare la suspensión o, admitida ésta, no rechazan el convenio propuesto.

Desechada la vigencia de los preceptos sobre suspensión del CCom., la insuficiencia patrimonial puede abrir el expediente de suspensión y la admisibilidad de la situación patrimonial como apta para el trámite de la suspensión será cuestión de la voluntad (inicial, impulsora) del deudor y de los acreedores, que permita que la suspensión sea una quiebra abreviada, porque conviene a los intereses de todos que el convenio se discuta y se celebre sin consumir todos los trámites de la quiebra. Por el contrario, la doctrina no es tan unánime cuando investiga el contenido del presupuesto material de la quiebra, ya que un importante sector doctrinal sostiene que únicamente el desbalance puede abrir la quiebra. Aun cuando las consecuencias prácticas de esta tesis se hayan aminorado al considerar el crédito del empresario como uno de los elementos decisivos para valorar la situación patrimonial

(128) Sobre el tema en general debe consultarse la reciente monografía, de ZANARONE, *Il requisito della «meritevolezza» nel concordato preventivo di società* (Milano, 1974).

del mismo, *el interés de los acreedores a cobrar puntualmente sus créditos queda desprotegido, puesto que, ante la inacción del deudor, no pueden ni utilizar la suspensión, ni solicitar la quiebra* (por falta de presupuesto objetivo). En definitiva, puesto que el ordenamiento no contiene texto que lo impida, cabe concluir que el deudor, cualquiera que sea el contenido material de la situación crítica de la empresa (insuficiencia, iliquidez) puede, si es diligente y no se oponen los acreedores en el supuesto de insuficiencia, optar por la vía de la suspensión o por la de la quiebra para liquidar su angustiosa situación deficitaria.

Esta interpretación del derecho vigente no excluye que, simultáneamente, se denuncien sus defectos, puestos de manifiesto por la práctica y por la comparación con otros ordenamientos que han intentado adecuar su derecho concursal a las circunstancias económicas de la época. La coincidencia de algunas posturas del Derecho español con estas nuevas aportaciones, pondrán más de relieve sus discordancias y, por lo tanto, la necesidad de una reforma urgente.

#### IV. DIRECCIONES PARA UNA RECONSTRUCCION DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES

La reconsideración reciente de la institución concursal se debe sobre todo al hecho de que *el crecimiento de las dimensiones y de la complejidad de la empresa* desplazaba al comerciante individual como protagonista de la economía y era sustituido por la sociedad. Las normas dadas para la crisis económica del empresario individual no eran apropiadas para la crisis del empresario social.

Por otro lado, se trata de una *etapa en la construcción de un derecho económico*, en el cual el ordenamiento toma en cuenta, con intensidad creciente, objetivos económicos. La empresa, objeto de este ordenamiento y a la vez criterio de su limitación, adquiere una importancia fundamental en esta esfera jurídica como antes había sucedido en otras, eje de la consideración normativa, situándose en plano de igualdad con su titular y desplazándole en algunas ocasiones.

El replanteamiento total, no de detalle, de los principios que deben regular el derecho concursal, se basa en una *rigurosa contemplación de la realidad sociológica*, que no pretende excluir la valoración jurídica de los nuevos datos, ni la experiencia acumulada por las anteriores normativas, sino que tiene presentes uno y otro aspecto para alcanzar resultados más satisfactorios (129).

---

(129) LIMARDO, *Appunti per una sociología del fallimento*, II, Dir. fall., 1974, I, págs. 228 y ss.

Para la situación entre el Anteproyecto de 1959 y los actuales trabajos de reforma del Derecho concursal español—además de ROJO, ya cit.—pueden consultarse: ILLESCAS ORTIZ, *Apuntes para la reforma del Derecho concursal español*, Boletín II. Colegio Abogados de Sevilla, 1977, pág. 6 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS y DE LA CUESTA RUTE, *Algunas orientaciones para la reforma del Derecho concursal*, Rev. Der. Pro. Iberoamericano, 1977, págs. 288 y ss.

## A.) QUIEBRA DEL COMERCIANTE Y QUIEBRA DE LA EMPRESA

En el Derecho español quiebra el comerciante o empresario y no la empresa. La opinión de que quiebra la empresa —mantenida episódicamente en Italia después de la Ley de Quiebras de 1942 por Segni y por Sotgia— ha sido rechazada, primero por Pugliatti y, después, por Satta (130). La finalidad de esta doctrina objetivista propiciada por el clima dogmático en que se produjo la Ley de Quiebras italiana, pretendía desplazar al empresario como sujeto pasivo de la quiebra, sustituyéndole por la empresa, a la que, en consecuencia, dotaba de una cierta subjetividad jurídica (131). El patrimonio de la empresa subjetivado para los fines del concurso, permitía así superar las dificultades con que la doctrina tropezaba cuando se trataba de declarar la quiebra de quien había ya muerto, o había cesado de ser empresario, o en los casos de sucesión en la empresa (132).

En la actualidad, se ha acentuado el aspecto subjetivo de la quiebra, ya que la doctrina francesa, *disociando la crisis de la empresa y la quiebra del empresario*, pretende hablar exclusivamente de quiebra cuando se refiere al empresario. Pero las razones que sustentan este nuevo punto de vista son realistas y muy diferentes a la que apoyaron la periclitada postura italiana que se acaba de mencionar.

Ante una situación semejante, es preciso pasar —como hizo el legislador francés en 1967— *desde una contemplación jurídica de la conducta del empresario a la contemplación económica de las condiciones de viabilidad de la empresa*, como señala Houin (133). En otras palabras, desde la valoración subjetiva de la conducta del empresario para imputarle la situación crítica de su negocio, a una valoración en

(130) SAITA, *I Soggetti del fallimento*, RTDC, 1950, págs. 116 y ss.

(131) La tesis italiana al filo de la codificación unitaria de 1942, según la cual quebrada la empresa y no el empresario tiene una justificación dogmática y no socioeconómica. En efecto, la ley de quiebras de 1942 prescribía la quiebra para una serie de situaciones patrimoniales unificadas en las que no se podía hablar propiamente de un titular —persona física o jurídica— del patrimonio quebrado. Para poder explicar unitariamente estas situaciones de quiebra y las situaciones en las que quebraba un empresario se propuso por Segni y por Sotgia hablar de quiebra de una empresa, que era el dato común a ambas hipótesis, quedando la quiebra del empresario como una situación contingente que se daba en la mayor parte de los casos, pero no necesariamente en todos.

La refutación de esta tesis por Pugliatti y por Satta se hace también sobre principios dogmáticos: los sujetos jurídicos o situaciones subjetivas de titularidad no quedan agotadas totalmente por la división entre personas físicas y personas jurídicas. Existen también otros sujetos.

La conducta del titular de la empresa puede ser reprochable incluso penalmente, pero la situación económica de la empresa —incluso deficitaria— encierra todavía expectativas que haría injustificables la liquidación de la empresa.

(132) V. el análisis de estas líneas en el reciente libro de SEGARRA, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, I (Barcelona, 1975), págs. 111 y ss.

(133) HOUIN, *Innovation...*, cit., 123. V. También BAUDRÓN, *La suspension provisoire des poursonites et l'apurement collectif de passif selon l'ordennance du 23 septembre 1967* (París, 1972).

el plano objetivo de la situación económica de la empresa para decidir la continuación de la empresa. «La elección no depende —como dice Houin (134)— de la gravedad de las faltas cometidas por el deudor o por los dirigentes de la sociedad, sino de una noción económica: las posibilidades de reestructuración de la empresa».

Desde la contemplación del empresario y de su conducta se ha pasado, pues, a la consideración de la empresa y de sus condiciones económicas de viabilidad. *El destino de la empresa y el destino del empresario dejan de ser solidarios*. Consideraciones exclusivamente económicas o materiales, y no morales, deciden actualmente la liquidación de los bienes de la empresa (Baudron) (135).

Las empresas con posibilidades de supervivencia son sometidas a un plan de reorganización, cualesquiera que puedan haber sido las faltas de su empresario. Este, a su vez, será sometido a las interdicciones propias de la declaración de quiebra, cuando, cualquiera que sea la situación económica de su empresa, haya observado una conducta fraudulenta o negligente.

La empresa no será liquidada por el solo hecho de que el empresario haya observado una conducta honesta, sino sobre la base de sus propias condiciones objetivas de supervivencia. El empresario deshonesto será sometido a las acciones civiles y penales, cualquiera que sea el destino de la empresa: liquidación, si no tiene condiciones para su conservación; reorganización, si, por el contrario, las posee.

Con ello se llegará a la distinción entre la quiebra de la empresa y la quiebra personal de sus dirigentes. Cada uno de los dos aspectos posee su propia lógica, que se desarrolla con independencia de la lógica del aspecto correlativo.

En último extremo, y en consecuencia, ya *no se trata de que el concordato tenga como finalidad mantener al empresario al frente de su empresa*, sino, directamente, que ésta se conserve cuando por sí misma merezca ser conservada, sea el anterior titular quien continúe gestionándola, sea un nuevo titular, más idóneo por su capacidad y por su honestidad profesionales, el que, habiendo sido desplazado el anterior, continúa la explotación en beneficio de todos los interesados.

En el Derecho español vigente esta posibilidad podía darse en virtud del contenido posible del concordato, bien en el expediente de suspensión, bien como terminación de la quiebra. Incluso se prevé como una eventualidad legal del contenido del concordato en la quiebra de sociedades cuando el artículo 927 CCom. contempla el traspaso de la empresa (137). Pero, ahora, quedará institucionalizado como uno de los rasgos característicos del sistema legal francés.

(134) HOUIN, ob y loc. cit.

(135) BAUDRÓN, *La suspensión...*, cit., pág. 13.

(136) V. También la disociación entre sujeto (sociedad) y (resultado de la) actividad (empresa) en el art. 151 LSA. vigente sobre este aspecto, ALMAGRO NOSETTE, *Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos*, en Rev. Der. Proc., cit.

(137) V. LAGUNA IBÁÑEZ, *Aportación al estudio del art. 928 del C. de c.*,

Es pues, conveniente continuar el camino abierto por la Ley de 1922 y disociar de una manera clara y definitiva las consecuencias patrimoniales de la crisis económica y las consecuencias personales que se anudan a la conducta del empresario bajo cuya titularidad se ha producido la crisis económica.

Esta disociación debe ser perceptible ya en la enunciación de los presupuestos de la declaración del estado de insolvencia.

Especialmente ha de verse reflejada en la *combinación de los dos aspectos* mencionados, que, sobre la base de la interpretación francesa de su derecho vigente, puede sistematizarse de la siguiente forma:

- a) Empresas *con posibilidades de seguir funcionando* mediante un acuerdo que haga factible una reorganización de la empresa. Complemento de esta medida sería la intervención de los actos del sometido a esta situación: asistencia de un representante de la justicia.
- b) Empresas *sin posibilidades económicas de subsistencia*: liquidación de los bienes en beneficio de los acreedores.
- c) Previo a estos estados, puede establecerse *otra situación preliminar a los mismos*, que tenga por finalidad facilitar la reestructuración de la empresa que, sin haber caído en una crisis económica, se encuentra abocada a la misma.

Por otro lado, habrán de considerarse las medidas que han de recaer sobre los deudores cuya conducta no haya sido correcta, en estrecha conexión con los tradicionales del sistema penal nacional en materia de quiebras.

Los rasgos tendenciales de la nueva disciplina, en conjunto, pueden esquematizarse provisionalmente siguiendo en una primera aproximación la postura francesa, de la forma siguiente:

1. *Separar la suerte patrimonial de la empresa y el destino personal del empresario.*
  - 1.1. Reforzamiento de las sanciones personales.
  - 1.2. Extensión de la sanción personal a los administradores de las sociedades en determinados supuestos.
2. *Salvar las empresas que tengan perspectivas favorables de desarrollo mediante un plan judicial, sin tener en cuenta la calificación de la quiebra personal.*
3. *Permitir el arreglo judicial previo* cuando haya temores de crisis económica.
4. Extender la *quiebra a los no comerciantes* o unificar ambos procedimientos cuando existieran.
5. *Protección de los acreedores* mediante el establecimiento de un *período sospechoso legal de duración rígida.*

Rev. Universidad de Zaragoza, XXXVI, 1959, números 3 y 4, páginas 457 y siguientes.

Para un examen amplio del problema, v. ZANARONE, *Il requisito della «meritovolezza» nel concordato preventivo di società*, cit.

6. *Intervención de profesionales* en la declaración de quiebra y en su desarrollo: sindicatura profesional; y, en conexión con este aspecto:

6.1. Aumento de los poderes del órgano judicial.

6.2. Pérdida de poderes de la colectividad de acreedores.

De alguna de las bases enumeradas con el esquematismo urgente que precede, habrá que ocuparse con alguna intensidad, porque, debido a su trascendencia para el sistema, constituyen el núcleo de la posible reforma en lo futuro del Derecho español.

Ante todo, es preciso justificar la *separación general* del tratamiento del patrimonio de la empresa del de la conducta del empresario que el Derecho español conoce cuando el deudor acude a la suspensión de pagos. Con esta justificación —si llega a realizarse de forma convincente— quedarán superadas las críticas doctrinales que se han dirigido a la suspensión. Aunque al mismo tiempo se pongan de manifiesto aspectos que se refieren a la actitud del empresario y que han pasado casi desapercibidos para la crítica española.

En efecto, si el empresario era fraudulento, la crítica consideraba que era suficiente sanción desposeerle de su empresa mediante la liquidación a través de la quiebra. La unión de la propiedad de los bienes organizados y de la titularidad para gestionarlos como empresarios había conducido a esta situación (138). Pero es necesario superarla ahora por las siguientes razones:

Si no se separan debidamente los aspectos patrimoniales y los aspectos personales de la declaración de quiebra, se corre el riesgo de que las decisiones judiciales se vean influidas de una manera no deseable o por el deseo de salvar la empresa, o por el deseo de hacer recaer sobre un empresario culpable el peso de la ley.

En efecto, si el beneficio que excluya la liquidación y la desaparición de la empresa se vinculan no sólo a una situación patrimonial de la empresa con perspectivas de salida económica, sino, además, a una situación personal de ausencia de culpabilidad, entonces:

— Los tribunales pueden declarar la liquidación de empresas con perspectivas económicas favorables cuando el mal comportamiento del empresario sea tan patente que su liberación resulte una injusticia con el siguiente escándalo en el círculo de los negocios.

— Por el contrario, los tribunales pueden conceder el beneficio de un arreglo cuando la situación de la empresa no ofrezca perspectivas favorables, pero, sin embargo, el comerciante haya observado una conducta intachable, y que no le hace merecedor de una desvalorización implícita en el procedimiento de liquidación.

En un caso, *se liquidan empresas* con perspectivas para sancionar conductas incorrectas del empresario; en el otro, *se salvan empresas sin perspectivas* como premio a la conducta correcta de su titular.

Para evitar estas consecuencias indeseadas, se hace ineludable la

---

(138) BLONDEL, *Le plan*, en *Faillites*, cit. 369, vid. BAUDRÓN, *La suspensión...*, cit., págs. 173 y ss.

rigurosa separación de la quiebra personal debida a la conducta del empresario y de la quiebra patrimonial.

## B) LOS PODERES DEL ÓRGANO JUDICIAL

La necesidad de que el órgano jurisdiccional contemple criterios económicos para conservar la empresa, suscita dos cuestiones complementarias.

Es la primera, la *aptitud de los actuales órganos jurisdiccionales y la adecuación y su estructura orgánica* para valorar correctamente las posibilidades de supervivencia de una empresa y la corrección del plan de reorganización propuesto para los intereses, a fin de alcanzar, simultáneamente, aquel resultado y la satisfacción máxima de los intereses afectados. A esta dificultad apunta Pedrol cuando propone determinados órganos de relación entre el órgano unipersonal que conoce de estas cuestiones y el empresario afectado por la crisis.

Asimismo, son de valorar las dificultades que puede entrañar la gestión de una empresa embargada cuando esta interpretación se hace en función del Decreto-Ley de 29 de octubre de 1969.

No es el momento oportuno para discutir soluciones concretas, pero sí para señalar que la apreciación y valoración de cuestiones económicas cuando el contenido de las normas que hayan de aplicar tengan una dimensión predominantemente económica es, cada vez con mayor frecuencia, entregada a tribunales especiales, tanto en España —recuérdese el Tribunal de Defensa de la Competencia, tan controvertido por su actuación y por su naturaleza—, como en Europa —donde para aplicar el derecho de los grupos de sociedades se proyecta la creación en Francia de un tribunal especializado.

Pero es que, incluso, la *responsabilidad* del órgano judicial que interviene en estas actuaciones se acrecentará. No será ya un órgano de vigilancia que homologará el convenio celebrado por el deudor común y los acreedores como protagonistas, en el marco de una legalidad establecida por ley y vigilada por el propio órgano judicial. El plan de reestructuración, basado en las condiciones objetivas de supervivencia de la empresa, no es ya el producto de un acuerdo —o, si se quiere, contrato— entre deudor en dificultades y acreedores razonables, sino que es un *plan impuesto unilateralmente a los acreedores*, en vista de un interés superior —conservación de la empresa— que trasciende al interés particular de los afectados, aunque coincida con sus intereses esenciales o básicos (139). Redactado sobre la base de criterios económicos, el plan no puede ser fruto de la autonomía de la voluntad. Es una *manifestación del protagonismo creciente y bien entendido de la Administración del Estado en la vida económica*, aunque esta intervención no se realice ahora por medio de disposiciones generales, imperativas o meramente estimulantes (140), sino con un

(139) V. BLONDEL, ob. cit., pág. 371.

(140) REGUSA MAGGIORE, *La società commerciali...*, cit., págs. 21 y ss.



medio nuevo, es decir, con una *medida individualizada* y teniendo presentes las circunstancias del caso concreto a través de la jurisdicción.

La intervención del Estado no se realiza mediante apoyos económicos a las empresas en situación crítica, sino mediante la vigilancia, control e imposición de medidas individualizadas cuyos efectos económicos se producen directamente entre los interesados en la crisis, sin sacrificios directos de recursos de la comunidad.

En la relación con los modos de actuación previstos para alcanzar los objetivos prefijados por una legislación concursal moderna es conveniente señalar, que, acaso, hubiera necesidad de modificar los poderes del Juez en este punto.

El Derecho español desconoce la *quiebra de oficio* —es decir, la declarada por el órgano judicial sin haberla pedido ni el deudor ni los acreedores—, e, incluso, la suspensión sólo puede solicitarse por el deudor. Pues bien, el éxito de la aplicación de toda la gama de medidas previstas para conservar y sanear la empresa dependerá en muchas ocasiones de que el órgano judicial competente pueda intervenir en el momento preciso. Si se actúa demasiado tarde, la confianza en las cualidades del empresario puede resultar fatal y el empresario, engañado acerca de sus posibilidades para detener la crisis, puede perjudicar a los acreedores, que, seguramente, estarán ignorantes de la situación en que se debate su deudor.

Una intervención temprana, en tiempo oportuno, debe contar con la iniciativa de los órganos jurisdiccionales, o incluso de los órganos o colegios representativos de los intereses de los empresarios, a fin de que la medida sea eficaz, se tome en tiempo hábil y pueda escogerse la más adecuada a cada situación.

La celebración del concordato a expensas de los pequeños acreedores, dispersos y sin una organización que los defienda frente a los acreedores de créditos cuantiosos y generalmente dotados de garantías reales, es una eventualidad difícil de impedir.

Acaso fuera conveniente imponer a los acreedores poderosos por la cuantía o por la garantía la carga de manifestar cuál ha de ser la postura frente al concordato, o condicionar la celebración de éste a la aceptación por parte de los acreedores privilegiados de las mismas restricciones que afectarán, como consecuencia del acuerdo, a los acreedores comunes —con lo cual se viene a desvirtuar la misma esencia de la garantía concertada previamente para impedir la posibilidad de hundimiento económico del deudor.

### C) QUIEBRA Y SOCIEDAD MERCANTIL

Ragusa Magiore, ha puesto ya de manifiesto que el derecho concursal moderno estaba centrado sobre la crisis económica de una empresa cuya finalidad era el beneficio del empresario titular de la misma. En realidad, las grandes organizaciones burocráticas que ejercen la empresa de las sociedades anónimas han matizado esta finalidad con otros fines complementarios o, incluso, ha desaparecido en algunas de las

sociedades cuando éstas son el instrumento del que se vale el Estado para desarrollar su actividad. Con esta nueva óptica, en cuya discusión no es el momento de entrar, se hace necesario valorar los nuevos datos, porque el concurso (que presupone la finalidad tradicional del comerciante) puede dejar de funcionar cuando se refiere a una de estas organizaciones, que poseen finalidades atípicas en el sistema, o tienen asignada una plaza marginal en el sistema (140).

Hasta el momento —y con esta observación termina esta parte final— se ha venido hablando de la suspensión referida al empresario o comerciante, englobando bajo esta denominación formal —igual que hace el artículo 1 CCom.— al empresario individual y al empresario social.

En realidad, la disociación entre el destino de la empresa —conservación o liquidación— y el destino del empresario —función o libertad— por su conducta personal como empresario sólo adquiere pleno sentido en el caso de empresas cuyo titular es una sociedad.

En el supuesto de que el empresario en crisis sea un empresario individual el aviamiento personal en la organización de la empresa es mucho más decisivo que en una empresa explotada en común por una sociedad. La desaparición del empresario que la creó, la impulsó y la desarrolló hasta la producción de la crisis, hace peligrar muy seriamente la supervivencia de la empresa. Por esta razón, la distinción base de estas consideraciones tiene sentido pleno en las sociedades en las cuales los dirigentes pueden ser sustituidos dentro de la organización sin menoscabo apreciable de las mismas cuando los primeros han faltado a sus deberes o han tenido una gestión desacertada.

Ahora bien, acaso haya ido demasiado lejos la solución francesa, cuando establece que la imposibilidad de que el empresario individual presente un plan de reestructuración de su empresa y un concordato razonable supone la inmediata liquidación de su empresa, sin necesidad de que se pruebe que ha cometido una falta. Esta solución —y así lo reconoce Houin (141) «no es muy lógica», y, en el caso de que la ley española siga los derroteros de la francesa, deberá evitarse, si no se quiere que el empresario individual resulte todavía más discriminado que lo que hoy ya lo es.

Por otro lado, también es difícil evitar que la comprobación de una conducta deshonesto o negligente —con la consiguiente inhabilitación del quebrado— ponga en liquidación la empresa, una vez separado su titular originario de la misma. No obstante, cabe pensar que, puesto que se admite la transmisión de la empresa como un todo organizado para que el nuevo titular continúe la actividad que el transmitente había venido realizando, no hay ningún inconveniente en admitir que, en ciertos casos, la empresa del empresario individual pueda subsistir, no obstante la conducta anterior incorrecta del empresario quebrado.

En cuanto a la problemática que suscita la quiebra del empresario social, es una cuestión que debe ser debatida casi totalmente *ex novo*

(141) HOUIN, *Innovations...*, cit., pág. 125.

en el Derecho español. A pesar de la buena voluntad y de la ingenua creencia que el legislador de 1885 expresó en la E. de M. del CCom., es éste un terreno prácticamente virgen en el articulado legal. Pero estas cuestiones serán estudiadas próximamente. Aquí basta dejar la problemática indicada sin aventurar ninguna solución (142), (143).

---

(142) Como ha podido observarse en este apartado IV no se ha pretendido recoger el juego técnico de las actuales instituciones francesas, sino señalar, de la forma más llamativa, los principios inspiradores de las mismas y las líneas tendenciales de desarrollo, así como las razones que justifican unos y otros. Esta postura explica también la indistinción frente a una situación de crisis ya declarada y a una situación que pretende evitar la declaración de las mismas. Estos temas—así como su valoración—han de quedar reservados también para otra ocasión.

(143) Sobre los trabajos de reforma en curso, pueden consultarse; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Ante una posible reforma del Derecho concursal español* (Sevilla, 1978); VICENT CHULIA, *El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma*, *Rev. Jur. Cataluña* (1979, páginas 171 y ss.; OLIVENCIA RUIZ, *El Derecho concursal. Modernas orientaciones y perspectivas de la reforma*, en *La reforma del Derecho mercantil—Jornadas organizadas por la Fundación Universidad-Empresa—* (Madrid, 1979), págs. 315 y ss.

