

Estudios de Deusto

Vol. 52/1 Enero-Junio 2004

Sumario

La situación jurídica del instituido frente a la facultad de disposición onerosa del instituyente en el pacto sucesorio con eficacia *post mortem*
M.^a E. Alonso Rodríguez

Guía básica para los cambios de contingencia en la prestación de incapacidad temporal
J.A. Alvarez Patallo

Responsabilidad civil en la Ley Concursal: sinopsis, textos legales y cuestiones
R. de Angel Yágüez

Análisis de la forma del arte figurativo paleolítico y su tratamiento estadístico
J. M.^a Apellániz y
F. Calvo Gómez

Convenio y liquidación concursal
F. Gómez Martín

Los sistemas indicadores del desarrollo urbano
J. Leonardo

***Fiducia*, negocio fiduciario y titularidad fiduciaria: un recorrido a través de la doctrina y la jurisprudencia**
G. Tomás Martínez

La prejubilación en las empresas
B. Oliet Palá

Universidad de
Deusto



Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Segunda época. Vol. 52/1
Desde su fundación vol. 72
(Fasc. 112)
Enero-Junio 2004

Bilbao
Universidad de Deusto
2004

Director:

Ignacio María Beobide

Consejo Asesor:

Ricardo de Angel	Aitziber Emaldi
Iciar Basterretxea	Marta Enciso
Rosario Besné	Ramón Múgica
María Pilar Canedo	Javier San Juan
Javier Caño	Gema Tomás
Jorge Caramés	Demetrio Velasco

Administración:

Publicaciones
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 456 817

Distribución:

Ediciones Mensajero
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao
Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

Precios de suscripción:

Europa	26 euros
Otros países	50 \$
Número suelto	14,50 euros

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Publicación impresa en papel ecológico

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

I.S.S.N.: 0423 - 4847
Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

Impresión: RGM, S.A.

Sumario

Estudios

María Elena ALONSO RODRÍGUEZ, <i>La situación jurídica del instituido frente a la facultad de disposición onerosa del instituyente en el pacto sucesorio con eficacia post mortem</i>	11
José Andrés ALVAREZ PATALLO, <i>Guía básica para los cambios de continuidad en la prestación de incapacidad temporal</i>	43
Ricardo DE ANGEL YÁGÜEZ, <i>Responsabilidad civil en la Ley Concursal: sinopsis, textos legales y cuestiones</i>	69
Juan María APELLÁNIZ y Félix CALVO GÓMEZ, <i>Análisis de la forma del arte figurativo paleolítico y su tratamiento estadístico</i>	97
Fernando GÓMEZ MARTÍN, <i>Convenio y liquidación concursal</i>	129
Jon LEONARDO, <i>Los sistemas indicadores del desarrollo urbano</i>	265
Gema TOMÁS MARTÍNEZ, <i>Fiducia, negocio fiduciario y titularidad fiduciaria: un recorrido a través de la doctrina y la jurisprudencia</i>	289
Blas OLIET PALÁ, <i>La prejubilación en las empresas</i>	315

ESTUDIOS

LA SITUACION JURIDICA DEL INSTITUIDO FRENTE A LA FACULTAD DE DISPOSICION ONEROSA DEL INSTITUYENTE EN EL PACTO SUCESORIO CON EFICACIA *POST MORTEM*

María Elena Alonso Rodríguez

Sumario: I. Introducción. II. El Pacto Sucesorio. II.1. Regulación legal. Naturaleza jurídica y clases. II.2. Arraigo histórico de la institución. II.3. Libertad de testar en el Código Civil. III. Regulación legal del pacto Sucesorio en Vizcaya. III.1. Regulación anterior: Ley de 30 de julio de 1959. La Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava. III.2. Regulación Actual. Ley 3/1992, de 1 de junio, del Derecho Civil Foral del País Vasco. IV. La sucesión contractual en los demás Derechos forales. IV.1. Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho Civil de Aragón. IV.2. Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares. IV.3. Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. IV.4. Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña. IV.5. Ley 147/1963 de 2 de diciembre, sobre Compilación del Derecho Civil de Galicia. IV.6. Conclusión. V. Análisis de la cuestión en el Derecho civil común. V.1. El Legado. V.1.1. El legado frente al pacto sucesorio. V.1.2. La transformación y la enajenación en la institución del legado. V.1.2.1. La transformación. V.1.2.2. La enajenación. V.2. Confrontación de la teoría de la transformación y enajenación del legatario y legado con las facultades de disposición del instituyente en el pacto sucesorio (art. 78.2 Ley 3/1992). V.2.1. Las facultades de disposición del instituyente. V.2.2. Voluntad del instituyente como manifestación tácita de revocación e ineficacia del pacto sucesorio. V.2.2.1. La transformación. V.2.2.2. La enajenación. V.2.2.3. Acciones del instituido. VI. Conclusiones. VI.1. Análisis de los supuestos desde la propia institución del pacto sucesorio. Espíritu del legislador. VI.2. Análisis de la cuestión en relación con la regulación del contrato en el Código Civil. VI.3. Conclusiones en torno a la actual regulación legal de la institución. Bibliografía.

I. Introducción

Hay que ser consciente y partir del hecho de que el pacto sucesorio no ha tenido una regulación escrita hasta la actual Ley 3/1992, pero no es menos cierto que la vigente Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco se realizó de una manera poco sosegada y, tal y como se indica en la propia Exposición de Motivos, es una reforma urgente.

El presente estudio pretende analizar la suficiencia de la regulación legal de las disposiciones onerosas que la ley vigente permite al instituyente en el pacto sucesorio con eficacia *post mortem*, y las situaciones con que puede encontrarse el instituido por esta libertad de disposición.

Piénsese que por pacto sucesorio se nombra al instituido sucesor en una masa patrimonial concreta, y el hecho de que, como veremos, el instituyente tenga la propiedad de los bienes y la ley le permita disponer de ellos a título oneroso, puede provocar situaciones cuando menos peculiares.

Por esta capacidad de disposición, el instituyente puede modificar o enajenar el bien objeto de pacto, teniendo eficacia éste tras su fallecimiento. Así, podría el instituyente transformar esa masa patrimonial de manera que el caserío que deja al instituido pase a ser un alojamiento de agroturismo, o el pequeño supermercado o tienda de ultramarinos en una parafarmacia. También puede suceder que el instituyente enajene el bien de manera que el pabellón industrial de una pequeña empresa siderometalúrgica, por ejemplo, se convierta en un almacén de productos de *todo a cien*; o la tintorería pase a ser una sucursal bancaria.

En todos estos casos, ¿en qué situación queda el instituido tras la muerte del ascendiente respecto de tales disposiciones? ¿Qué es lo que realmente percibiría? ¿Podría entenderse revocado el pacto? Y, si así fuera, ¿qué acciones judiciales podría tener contra el instituyente? ¿Podría pedir daños y perjuicios por esa variación realizada y sobre la que nada puede decir? ¿En qué supuestos?

A tal fin se va a proceder, tras una sucinta exposición de la institución, una contraposición con los diferentes principios que rigen en ella y en el Código Civil y enunciar la regulación legal, a un análisis de otros Derechos civiles especiales que nos permitan observar si existe alguna regulación legal en este supuesto y de qué modo se lleva a cabo.

Posteriormente, se realizará un análisis de otras instituciones del Código Civil que por su similitud o naturaleza nos permitan hallar soluciones a los interrogantes planteados. Así, se examinará el legado, sobre todo los supuestos regulados en los apartados primero y segundo

del art. 869 C.C., esto es, la transformación y enajenación, para confrontar dichas disposiciones con las que se permiten en el pacto sucesorio objeto de estudio, y comprobar si se pueden trasladar plenamente o no, y finalmente respecto del contrato regulado en el Código Civil como solución más satisfactoria.

II. El Pacto Sucesorio

II.1. Regulación legal. Naturaleza jurídica y clases

La primera vez que aparece el pacto sucesorio en la Ley 3/1992 es en el art. 27 (Título III - «De las Sucesiones») cuando establece que la designación del sucesor de bienes «tiene lugar por testamento, ley, por pacto sucesorio, capitulaciones matrimoniales o escritura de donación».

En principio, de la enumeración a que se refiere el precepto referido podríamos pensar que el pacto sucesorio es un instrumento diferente de las capitulaciones matrimoniales o escritura de donación.

Nada más lejos de la realidad, ya que el Capítulo IV del mismo Título III, se intitula «De los pactos sucesorios» estableciéndose en el art. 74 que «mediante capitulaciones matrimoniales, donación o pacto otorgado en escritura pública se puede disponer la sucesión de los otorgantes (...)», es decir, que el pacto sucesorio es un concepto genérico que comprende tanto las capitulaciones matrimoniales, la donación o cualquier otro contrato que persiga la misma finalidad, a saber, la designación del sucesor en los bienes.

Por tanto, el pacto sucesorio es una institución de Derecho civil vasco para designar al sucesor en los bienes que puede llevarse a cabo a través de los diferentes instrumentos enumerados (capitulaciones matrimoniales, donaciones u otros contratos), realizados siempre en escritura pública.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica, el pacto sucesorio es una institución sucesoria *inter vivos*, un contrato entre el causante y heredero en el que pactan la sucesión y las condiciones que van a regir en tal contrato instituido. Por tanto, como tal contrato es un acto bilateral, sinalagmático y personalísimo, ya que el instituido ha sido elegido por sus cualidades personales. Y es irrevocable, siendo necesaria la concurrencia de ambas partes para su modificación (a diferencia del testamento que al ser un acto unilateral puede ser variado en cualquier tiempo y lugar). Es por eso, que se le aplican las mismas normas que a los contratos, exigiéndose en este caso la instrumentación en escritura pública.

Los pactos sucesorios pueden ser a título universal o a título singular para bienes concretos y determinados.

A tenor de sus efectos los podemos clasificar en: *post mortem*, cuando la eficiencia acontece con la muerte del instituyente; o de eficacia de presente, en cuyo caso el instituido adquiere la propiedad de los bienes en vida de aquél.

No obstante lo anterior, el pacto sucesorio produce efectos de pre-eficacia en vida, ya que se consume y consolida tras la muerte del instituyente.

En los pactos sucesorios se pueden constituir cargas, gravámenes y condiciones que debe cumplir el instituido so pena de revocación o resolución.

II.2. *Arraigo histórico de la institución*

Tradicionalmente, en el País Vasco (y por ende, en el Territorio Histórico de Vizcaya) siempre ha estado muy arraigada la libertad total a la hora de decidir el modo de elegir sucesor.

Su origen se encuentra en el hecho de que, antiguamente, era común entre una buena parte de los vizcaínos el poseer una explotación agrícola y/o ganadera familiar. Por ello, cuando los padres, ya mayores, veían que alguno de sus hijos o hijas poseían capacidad y cualidades suficientes para continuar la explotación de ese patrimonio familiar del cual vivían, era frecuente que optaran por hacerle sucesor de dicho patrimonio.

Dicho acto tenía lugar, generalmente, cuando dicho hijo o hija se hallaban próximos a contraer matrimonio, es decir, en las capitulaciones matrimoniales. Tanto los progenitores de ambos contrayentes como estos mismos concurrían al acto público donde los padres nombraban a su hijo/a sucesor/a de la explotación de la casa, reservándose para sí mismos el usufructo vitalicio de la mitad, con el fin de asegurarse un modo de vida hasta el final de sus días.

El otro contrayente (novio o novia), que también concurría con sus padres, aportaba una dote o bienes, con lo que los padres instituyentes podían ayudar a sus otros hijos y beneficiarles económicamente a pesar del apartamiento que inicialmente habían sufrido.

La razón de todo ello radica en mantener la unidad patrimonial de la explotación en una mano y que ésta continúe generando una riqueza de la que todos puedan beneficiarse, lo cual sería imposible si se realizara una división de aquella.

El instituyente generalmente imponía al instituido la carga de mantener y alimentar al resto de sus hermanos hasta que contrajeran matri-

monio; e incluso a los propios instituyentes en caso de no establecer reserva del usufructo.

Merece destacar el trabajo de análisis de documentos públicos realizado al respecto por la profesora MONASTERIO ASPIRI, recogiendo y clasificando las distintas cláusulas y condiciones que se incorporaban en los pactos sucesorios en el derecho histórico vizcaíno.¹

II.3. *Libertad de testar en el Código Civil*

La institución del pacto sucesorio aparece prohibida en el Código Civil, ya que éste se funda en la teoría romanista, según la cual no se puede aceptar y disponer de la herencia hasta después de la muerte.

Por contra, el Derecho civil vasco propugna la libertad de testar que defiende la tesis germanista.

Podríamos sintetizar los principios generales característicos del derecho sucesorio romano del siguiente modo:

- Principio de la sucesión universal, por la que el heredero adquiriría los bienes hereditarios de una sola vez y en su conjunto.
- Responsabilidad ilimitada y personal; en virtud de esa consideración el heredero universal respondía de las deudas.
- Carácter familiar de la institución, de manera que la subrogación en los bienes hereditarios se hacía dentro de la estructura familiar.

Por contra, las legislaciones germánicas y medievales se basan en otros principios tan dispares que las características romanistas mencionadas le son extrañas. El derecho sucesorio germánico se funda en la consideración de la herencia como un conjunto de bienes de manera diferenciada, donde no se da la subrogación romanista en la persona del difunto, ni se sucede en la universalidad patrimonial respondiendo de las deudas.²

Existen posturas doctrinales defensoras de una u otra tesis. La romanista postula la seguridad del causante respecto del testamento realizado por aquél para después de su muerte, ya que el instituido por pacto sucesorio podría desear la muerte del instituyente tras conocer los bienes en los que iba a ser sucesor y a fin de que el pacto sucesorio tuviere eficacia plena. Pero estos mismos argumentos son usados a

¹ MONASTERIO ASPIRI, Itziar, *Los pactos sucesorios en el derecho vizcaíno*, Universidad de Deusto-Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1994, págs. 211 y ss.

² CASTÁN TOBEÑAS José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo VI, Volumen I, Reus, Madrid, 1978, pág. 55.

contrario sensu por los seguidores de la libertad de testar, al afirmar que el heredero puede desear y procurar la muerte del testador ante la posibilidad de una revocación unilateral del testamento.

Lo cierto es que en la confección del Código Civil imperó la tesis romanista, imponiéndose el testamento como única posibilidad de manifestar el causante su voluntad, aunque se admiten excepciones más o menos amplias. Así, el art. 1271 C.C. prohíbe cualquier tipo de pacto sobre la herencia futura *salvo* la remisión al art. 1056, el cual, aunque no regula ningún tipo de contrato, señala que habrá de estarse a los pactos que hubiere realizado el testador, preservándose siempre la legítima de los herederos forzosos.

En conclusión, la posición de nuestro ordenamiento jurídico respecto del pacto sucesorio es la de su prohibición, ya que en el art. 658 C.C. no se contempla como modo de deferir la sucesión la posibilidad del pacto sucesorio.

No obstante, a pesar de la regla expresada existen algunos preceptos que admiten la posibilidad de ciertos pactos sucesorios:

- 1.º. La promesa de mejorar y no mejorar de los arts. 826 y 827 del C.C. hecha en escritura pública o en capitulaciones matrimoniales, y la mejora realizada en un contrato oneroso celebrado con un tercero.
- 2.º. La donación de bienes futuros para caso de muerte, realizada entre consortes en capitulaciones matrimoniales. (art. 1341 C.C.)

En su momento también se podía incluir entre tales excepciones la sucesión contractual en la explotación agraria regulada en Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, en cuyo artículo 16 se establecía la posibilidad de que el titular de una explotación «podrá convenir la sucesión en dicha titularidad con uno de sus legitimarios que reúna la cualidad de colaborador». Además, se establecía la posibilidad de otorgarse dicha sucesión a favor de un tercero que ostentara la cualidad de colaborador tanto si no había sucesores-colaboradores como si existiendo sucesores no concurriera la cualidad de colaboradores, en este último supuesto, con su consentimiento. En todo caso, debía mantenerse la cualidad del colaborador hasta la fecha del fallecimiento del causante, pues de otro modo podía revocarse. Y también podía resolverse por acuerdo entre las partes o por incumplimiento de las cargas y condiciones impuestas al colaborador-instituido.

No obstante, dicha regulación fue derogada por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, en su Disposición Derogatoria Unica.

III. Regulación legal del pacto Sucesorio en Vizcaya

III.1. Regulación anterior: Ley de 30 de julio de 1959.

La Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava

Como antecedente previo a la regulación actual, la Compilación, a diferencia —como ya se ha visto— del Código Civil, regulaba la sucesión y la libertad de designar sucesor en los bienes. Nótese la importancia de la tesis germanista al poder establecerse diferentes masas patrimoniales en las que designar uno o varios sucesores, tal y como se observa en los distintos preceptos:

«Art. 11. La designación de sucesor de bienes, sean o no troncales, deberá hacerse por testamento, capitulaciones matrimoniales, escritura de dote o donación.

Art. 12. La transmisión a título gratuito de un caserío con sus pertenecidos comprenderá, salvo disposición en contrario, el mobiliario, semovientes y aperos de labranza existentes en el mismo.»

Se establece en el Título Sexto - «Disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada y a las donaciones» unos preceptos referidos a la totalidad de los bienes, obligaciones de reserva y a las disposiciones del donatario a favor sus hijos y descendientes, omitiendo cualquier posibilidad de disposición por parte del donante.

En la Ley 8.^a, Título XVII, del Fuero, establecida como concordancia con el art. 39 de la Compilación, se recoge la posibilidad de venta de los bienes por parte del donante por incumplimiento de los alimentos que ha de prestarle el donatario, aunque realmente, y por la forma en que se dispone, más parece un llamamiento a que el donatario cumpla con las condiciones impuestas so pena de reversión.

«(...) y porque no se le acude con los tales alimentos como se debe, él hace llamamientos, y los pone en venta, diciendo: que él los vende para mantener el precio, y quien los quiere comprar: y acaece que por defraudar a su donatario, hace los tales llamamientos (aunque en iglesia) ocultamente. Por ende, por obviar semejantes fraudes, dijeron: Que establecían por ley, que en tal caso, el tal donatario sea requerido a que le dé los alimentos, y después de requerido, y mandado por el Juez, que cumpla el contrato, si no lo cumpliere, el tal donador dé tres llamamientos (...) y al tercer domingo, a quien los alimentos diere, se rematen los dichos bienes, y no en otra manera (...) y si no hubiere quien tome los bienes con el dicho cargo (dar alimentos), que los tales bienes queden, y tornen a dicho donador.

III.2. *Regulación Actual. Ley 3/1992, de 1 de junio, de Derecho Civil Foral del País Vasco*

La actual regulación contempla claramente las distintas posibilidades de designar sucesor y además dedica un Capítulo a los pactos sucesorios.

Así, en el art. 27 se establecen los distintos instrumentos para llevar a cabo la designación sucesoria, y en el art. 74 se enuncian los modos y efectos que pueden tener:

«Art. 27. La designación de sucesor en bienes, sean o no troncales, tiene lugar por testamento, por ley, por pacto sucesorio, capitulaciones matrimoniales o escritura de donación.

Art. 74. Mediante capitulaciones matrimoniales, donación o pacto otorgado en escritura pública se puede disponer la sucesión en bienes de los otorgantes bien a título universal o particular, con las modalidades, reservas, sustituciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que se acuerden. Los otorgantes podrán asimismo ordenar la transmisión actual de todos los bienes presentes por parte de ellos o bien diferirla al momento de la muerte.»

Pero a efectos del presente trabajo interesa especialmente lo dispuesto en el art. 78, y concretamente el segundo párrafo, que va a ser el objeto de este estudio:

«La designación sucesoria con eficacia post mortem confiere al instituido la cualidad de sucesor en los bienes, que será inalienable e inembargable. Si la designación se hizo a favor del hijo que va a contraer matrimonio, éste podrá disponer de su derecho a título gratuito, por actos *intervivos* o *mortis causa*, a favor de sus hijos y descendientes.

Si bien los instituyentes conservan la propiedad de los bienes, sólo podrán disponer de los mismos a título oneroso.»

Los siguientes preceptos no guardan relación con el art. 78.2, es decir, con la posibilidad de disposición del instituyente a título oneroso, sino que regula la facultad de revocación por parte del instituyente, de resolución por las causas establecidas (cumplimiento de la condición resolutoria, fallecimiento del instituido sin descendencia o acuerdo de las partes en documento público) o reversión.

Así pues, en el caso de pacto sucesorio con eficacia *post mortem* el instituyente sigue teniendo la propiedad de los bienes y, aunque no pueda modificar el pacto realizado con el instituido sin que exista un acuerdo de voluntades, la Ley le permite disponer onerosamente de los bienes reflejados en la escritura pública. Y no se regulan límites a dichas disposiciones onerosas.

Así, por poner un ejemplo, podríamos encontrarnos con que se ha dispuesto a favor del hijo/a un negocio concreto, que el instituido conoce y sabe explotar o bien se está preparando para ello, y el padre-instituyente podría cambiarlo por otro que le parezca más productivo, o incluso venderlo. Es evidente que ya no será sucesor en esa masa patrimonial que se le confirió en su momento; pero entonces, ¿qué reclamación o qué acciones legales podría entablar frente al instituyente que ha actuado conforme previene la Ley?

A este respecto la norma guarda silencio, ya que no existe un precepto que limite la capacidad de disposición del instituyente o que proteja o establezca las posibilidades de actuación del sucesor.

El art. 77, por contra, cuando se refiere al pacto sucesorio con eficacia de presente, en el que el instituido adquiere en vida la propiedad de los bienes, sí exige que «el citado acto de disposición o gravamen requerirá para su validez el consentimiento conjunto del instituyente e instituido»; pero la Ley silencia cualquier referencia en el supuesto objeto de este estudio. Podríamos pensar que si ambos, instituyente e instituido, forman una comunidad de bienes (art. 82), el sucesor tendrá conocimiento de las actuaciones del aquél, pero tal hecho no empece ni impide que las disposiciones onerosas que desee realizar el primero se lleven a cabo de la manera referida, pues la Ley no se lo impide ni le impone nada al respecto. Por lo tanto, el sucesor puede tener conocimiento de las disposiciones onerosas sin que, en principio, pueda hacer nada para evitarlas.

IV. La sucesión contractual en los demás Derechos civiles

Los Pactos sucesorios, como ya se ha expresado, son un instrumento muy utilizado para designar al sucesor en los bienes, y dicha costumbre se ha ido recogiendo, compilando y legislando en los distintos derechos civiles y forales existentes en España.

Por ello, vamos a examinar brevemente cada uno de ellos, recogiendo el precepto, si existiere, que regula el objeto de este estudio: la facultad de disposición onerosa del instituyente en pactos *post mortem* y sus limitaciones.

IV.1. Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho Civil de Aragón

Con esta Ley, tal y como expresa su propio preámbulo, se ha pretendido recoger la tradicional vivencia y el peculiar entendimiento de la institución familiar aragonesa, actualizar el ordenamiento a las exi-

gencias y cambios sociales y económicos. Se ha procurado un mayor rigor técnico-jurídico en su articulado, se han revisado preceptos que recogía el Apéndice anterior de 1925 y se ha realizado un acercamiento de este derecho al derecho civil general.

La institución del pacto sucesorio se regula en la Ley en el Título III - «De la sucesión paccionada», arts. 99 a 109.

Siguiendo a ROCA TRÍAS³ podemos clasificar los pactos sucesorios en Aragón como:

- *Positivos*, que determinan un sucesor o sucesores; y *negativos*, que permiten la renuncia.
- *Matrimoniales*, cuando se realizan en capitulaciones matrimoniales; y *extramatrimoniales*, cuando se llevan a cabo en escritura pública por personas capaces (mayores de edad) y se pueden beneficiar tanto parientes de los otorgantes como terceras personas.

En cuanto al carácter de las donaciones, se expresa en el art. 101 que las donaciones *mortis causa* tendrán el carácter de pacto sucesorio.

Pues bien, una vez sentado lo anterior, es en el art. 102 donde se regulan las «Facultades dispositivas del instituyente», expresando el precepto:

«1. En el nombramiento de heredero, **pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa**, cuando el instituyente se reserve el “señorío mayor” u otras facultades análogas, se entenderá, salvo estipulación en contrario, **que para disponer de los bienes inmuebles y de los comprendidos en el número 1 del art. 39⁴, es exigible el consentimiento del instituido que viniere cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa.**»

2. No se requerirá, sin embargo, dicho consentimiento para disponer por donación, asignando a sus descendientes dotes o legítimas al haber y poder de la casa. Tampoco se necesita para hacer tales disposiciones en testamento.»

La razón de que se limiten las facultades del instituyente, como aquí se ha transcrito, se extraen del espíritu de la Ley recogido en el Preámbulo. Consta claramente la intención del legislador sobre este aspecto al dar una clara preeminencia exclusivamente familiar y consuetudinaria a los pactos sucesorios en evitación de que la «casa» o patri-

³ ROCA TRÍAS Encarna, *Derecho civil, Derecho de sucesiones*, coord. CAPILLA RONCERO, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 298.

⁴ Art. 39.1. Presunción de muebles por sitios - A los efectos del artículo anterior se considerarán aportados al matrimonio adquiridos como sitios, salvo pacto en contrario:

1.º Las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles, industriales, con cuanto elementos estén afectos a unas y otras (...).

monio familiar se disgregue o pierda. Asimismo, en lo que se refiere a la libertad del instituyente recogida en el precepto anterior, y a falta de pacto al respecto, rige la misma limitación en cuanto a la enajenación de los inmuebles para garantizar, como ya se ha expresado, la permanencia de ese patrimonio y explotaciones familiares dentro de la familia durante generaciones.

IV.2. *Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares*

En esta Ley, la sucesión contractual para la isla de Mallorca se establece a través de las donaciones universales. Esta institución, como dice ROCA TRÍAS⁵ «confiere al donatario la cualidad del heredero del donante, de una forma parecida a los heredamientos cumulativos del derecho catalán y a las donaciones *propter nuptias* del derecho navarro».

En cuanto a sus características, son las que se dan habitualmente en todas las legislaciones forales sobre sucesión contractual: negocio jurídico bilateral que ha de realizarse en escritura pública; y además, según la citada autora, es un negocio jurídico mixto, ya que tiene efectos por causa de muerte al ser irrevocable el nombramiento del heredero del donante, y al mismo tiempo tiene efectos *inter vivos* ya que le transmite los bienes presentes incluidos en la donación (art. 8).

Así pues, en el Libro I - «De las disposiciones aplicables a la isla de Mallorca», Título II - «De las sucesiones», no se regula el pacto sucesorio como tal, sino que es en el Capítulo «De las donaciones universales» donde se regulan éstas (art. 8 a 13) como donación de bienes presentes o futuros, pero nada dispone respecto a los pactos sucesorios a título singular ni en cuanto a las donaciones por causa de muerte, por lo que respecto a éstas regirá el Código Civil, de acuerdo con el art. 1.3 de la Compilación de las Islas Baleares en relación con el 13.2 del C.C.

En el Libro II - «De las disposiciones aplicables a la isla de Menorca», hace referencia expresa al Libro I, indicando: «Rige en la isla de Menorca lo dispuesto en el Libro I de esa Compilación, excepción hecha de los artículos 6 y 7 en lo referente a la donación universal de bienes presentes y futuros, del Capítulo II del Título II, de los artículos 50 y 51 y del Título III».

Es en las disposiciones aplicables a las islas de Ibiza y Formentera (art. 69), donde se establece la posibilidad de la sucesión por pacto su-

⁵ ROCA TRÍAS, Encarna, *op. cit.*, pág. 297.

cesorio contenido en *espolits* (capítulos) con disposiciones *mortis causa* a título singular, que se regirán por las reglas de los pactos sucesorios como la irrevocabilidad (art. 74.1.º) y la de transmisibilidad, si el pacto sucesorio es con transmisión de presente, siendo en el Capítulo IV - «De los pactos sucesorios» (arts. 72 a 77) donde se desarrollan.

En concreto, el precepto que aquí nos interesa es el art. 75:

«Los pactos sucesorios **sin transmisión actual de bienes** confieren únicamente la cualidad personalísima de heredero contractual, quedando revocados por premoriencia del instituido. **El instituyente conservará hasta su muerte la propiedad de los bienes pero no podrá disponer de éstos en fraude del heredamiento.**»

En este precepto también se limitan las facultades de disposición del instituyente en evitación de «fraude» del instituido; pero, a diferencia de la regulación legal de Aragón, en esta normativa no se hace mención, en cuanto a la limitación de facultades del instituyente, a la protección del patrimonio familiar, sino que lo que se preserva son los derechos del nombrado heredero. Se pretende así evitar que se desnaturalice el contenido del pacto en virtud de una libertad de disponer del instituyente fraudulenta en evitación del consentimiento que de otro modo necesitaría para ello (art. 74).

Al respecto, MONASTERIO ASPIRI⁶ sostiene que se presumirá la existencia de disposiciones en fraude del heredamiento cuando se cumplan los requisitos que a tal efecto se establecen en el art. 1297 del C.C.

IV.3. *Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*

La compilación de Navarra, a diferencia de otras, pretende recoger su realidad social «como un fiel reflejo del Derecho civil realmente vigente en Navarra (...) y no como un simple registro de unas pocas particularidades jurídicas, por lo que recibe justamente la denominación de «Fuero Nuevo de Navarra»⁷». Se ha prescindido de instituciones que estaban en desuso y se han incorporado otras consuetudinarias y de la práctica cotidiana que ofrecen soluciones actuales en consonancia y armonía con el sistema de derecho propio navarro.

Por lo que respecta a los pactos sucesorios, se admite el contrato sucesorio para diferir la sucesión por causa de muerte.

⁶ MONASTERIO ASPIRI, Itziar, *op. cit.*, pág. 267.

⁷ Exposición de motivos de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

Las características de estos contratos llevan a calificarlo como un negocio jurídico personalísimo, que puede ser bilateral o plurilateral, ya que puede contener estipulaciones para los dos contratantes o sólo para uno de ellos e incluso para un tercero, y es un acto formal (escritura pública) e irrevocable que otorga un título *mortis causa*.

De nuevo siguiendo a ROCA TRÍAS⁸, la compilación de Navarra prevé dos clases de pactos sucesorios: *los generales*, donde se pueden establecer, modificar, extinguir y renunciar derechos de sucesión *mortis causa* de una herencia o parte de ella; y *las donaciones propter nuptias* que suponen una donación de bienes presentes y futuros por la que el donatario adquiere los bienes que se le confieren de presente y sucede como heredero (Ley 115).

Los pactos o contratos sucesorios se regulan en el Título IV, Leyes 172 a 183, siendo en el Capítulo II - «Disposiciones especiales sobre los pactos de sucesión», donde, respecto a los efectos de estos pactos, expresa la Ley 179:

«Ley 179: Efectos. **Los pactos sucesorios sin transmisión actual** de bienes confieren únicamente la cualidad de heredero contractual, que será inalienable e inembargable. **El instituyente conservará hasta su muerte la propiedad de los bienes, pero no podrá disponer de éstos a título lucrativo sin el consentimiento del instituido.** En los pactos sucesorios con transmisión actual de bienes, el instituyente podrá reservarse la facultad de disponer por cualquier título o sólo por título oneroso. **Los actos de disposición no reservados serán nulos sin el consentimiento expreso del instituido. Las acciones de nulidad sólo podrán ejercitarlas el instituido y sus causahabientes, incluso en vida del instituyente.»**

Como se deduce del texto transcrito, en la legislación civil navarra ha existido una preocupación sobre la posición del sucesor frente a la libertad de disposición del instituyente, garantizando sus derechos pactados y en evitación de que se vean minorados o defraudados sus intereses.

IV.4. *Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña*

Cataluña ha sido el territorio donde más legislación civil escrita ha existido, ya que tradicional e históricamente se ha estudiado y legislado sobre sus instituciones, teniendo, por tanto, ley escrita desde antiguo.

⁸ ROCA TRÍAS, Encarna, *op. cit.*, pág. 299.

La que ahora examinamos —como se ve, muy reciente en el tiempo— es un Anexo que tiene su origen en la necesidad de adaptar la Compilación anterior a nuestra Constitución.

Se establecen en el art. 3 las formas de deferir la sucesión, distinguiendo tres: los heredamientos, el testamento y la Ley.

Se denomina en derecho civil de Cataluña *heredamiento* a la institución contractual de heredero, que habrá de otorgarse necesariamente en capitulaciones matrimoniales, personalmente o mediante poder especial (art. 67), distinguiéndose diversas clases: heredamiento a favor de los contrayentes, a favor de los hijos de los contrayentes y heredamientos mutuales. Aquí, dado el objeto del estudio, nos vamos a centrar en el primero.

En el heredamiento a favor de los contrayentes, los padres, futuros causantes, disponen de sus bienes a favor de su hijo con ocasión de su matrimonio, otorgándole la cualidad de heredero (existiendo distintas clases: puros, preventivos y prelativo).

«Art. 79. El heredamiento simple confiere únicamente la calidad de heredero contractual, que será inalienable e inembargable.

El heredante conservará hasta el fallecimiento la propiedad de sus bienes, pero no podrá disponer de ellos a título lucrativo sino para hacer regalos módicos y liberalidades de uso o para legar lo que en el heredamiento se hubiera reservado para testar aparte de la facultad de dotar y acomodar a los hijos y de disponer a favor de éstos en los términos previstos en el art. 81.

Los actos de disposición a título oneroso que de sus bienes el heredante realice serán anulables cuando sean otorgados en fraude del heredamiento, salvo que el adquirente sea extraño al fraude. Esta acción y la de simulación, en su caso, sólo podrá ejercitarla el heredero o quien lo sea de éste, incluso en vida del heredante.»

Se hace patente que en esta legislación ha existido una preocupación real sobre este problema regulándolo del modo que se hace, comprendiendo la realidad social y que el hecho de que estos contratos se hagan entre familiares y parientes no empece la existencia de situaciones fraudulentas.

IV.5. *Ley 147/1963 de 2 de diciembre, sobre Compilación del Derecho Civil de Galicia*

La Compilación gallega recoge la mejora de labrar y poseer como medio jurídico para la conservación indivisa del patrimonio en sus arts. 84 a 87, conferido entre el causante y uno de sus descendientes al que se le atribuye una explotación agrícola o establecimiento fabril o comercial.

Según la profesora MONASTERIO⁹ «este derecho puede conferirse mediante actos *inter vivos* o *mortis causa*, mejorando al hijo elegido y en tal concepto confiriéndole la titularidad sucesoria de la explotación agrícola familiar».

Nada se expresa respecto a la eficacia de presente o *post mortem* del derecho, ni se pronuncia sobre las facultades que pueda tener el ascendiente sobre los bienes de que dispone. No es un pacto sucesorio como tal, aunque recoge la inquietud porque el patrimonio familiar tradicional permanezca unido e indivisible.

IV.6. *Conclusión*

De todo lo hasta aquí expuesto, observamos que las legislaciones que recogen la posibilidad del pacto sucesorio y de la libertad de testar hacen referencia de manera expresa a limitaciones que se imponen al instituyente para disponer de sus bienes en sucesión contractual de eficacia *post mortem*, a diferencia del Derecho civil vasco que lo omite. Pero la protección al sucesor en los bienes y las limitaciones que se le imponen al instituyente o heredante son diferentes, y podríamos agruparlas en dos bloques:

- Las que se limitan a la mención de la necesidad del consentimiento del sucesor (Aragón y Navarra).
- Las que van más allá, refiriéndose a la posibilidad de la existencia de un fraude en perjuicio del instituido por las disposiciones onerosas del heredante (Balears y Cataluña). En este caso, la normativa catalana corona además su regulación al referirse a las distintas acciones que puede ejercer el sucesor en evitación del posible fraude que le impida el disfrute de los bienes: anulabilidad y simulación del contrato otorgado por el heredante con otro tercero.

Llama la atención que estos dos niveles que hemos llamado *de protección* se den en territorios que tienen proximidad geográfica entre sí, así como costumbres y, en su caso, un idioma afín.

V. **Análisis de la cuestión en el Derecho civil común**

Ya se han examinado las diferentes soluciones que las regulaciones civiles forales dan al problema planteado. Como quiera que la regulación de la legislación vasca sobre las limitaciones a la facultad de dis-

⁹ MONASTERIO AZPIRI, Itziar, *op. cit.*, pág. 425.

posición onerosa del instituyente en pactos sucesorios *post mortem* es inexistente, deberemos acudir al derecho común en busca de soluciones adecuadas, basándonos en las instituciones más semejantes.

V.1. *El Legado*

V.1.1. EL LEGADO FRENTE AL PACTO SUCESORIO

Para el estudio de este apartado nos vamos a fijar en el legado de cosa cierta, ya que es el que tiene relación con el nombramiento de sucesor en los bienes por pacto sucesorio que estamos analizando y respecto del precepto del Código Civil que luego se examinará.

La equiparación del pacto sucesorio al legado se ha establecido por distintos autores. Así, ROCA SASTRE-MUNCUNILL¹⁰, cuando se refiere a las donaciones *mortis causa*, indica que la doctrina científica española mayoritaria (siguen a esta corriente ROCA SASTRE, FUENMAYOR, PARRA, PORRAS) entiende que este tipo de donación «es una institución suprimida que hay que refundir en el legado», ya que el Código Civil, aunque reconoce la existencia de la donación por causa de muerte, a efectos de simplificación jurídica «dado que en el fondo equivale a un legado, no se permite que se emplee dicha figura jurídica, de suerte que quien desee otorgarla deberá hacerlo en testamento». No olvidemos que la sucesión en bienes por pacto sucesorio se puede realizar a través de diversos instrumentos, siendo uno de ellos la donación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre donaciones por causa de muerte ha seguido esta posición mayoritaria de supresión (Sentencias de 8-2-1905, 24-4-1909, 4-11-1926, 8-7-1943, 23-3-1948, 19-6-1956, 28-10-1965, 7-1-1975 y 28-4-1975).

Podríamos decir que tanto el instituido por causa de muerte como el legatario tienen una expectativa de su derecho, puesto que han de esperar a la muerte del heredante para comprobar la realidad de lo que se les ha conferido.

Aunque existen claras diferencias entre ambas instituciones —ya que el pacto es irrevocable y el testamento es revocable por naturaleza, siendo a priori situaciones diferentes las de uno y otro— no debemos perder de vista que, en cuanto al objeto de análisis de este estudio, estas diferencias no son irreductibles, al menos como hipótesis de trabajo, ya que el instituyente puede realizar disposiciones onerosas respecto del bien objeto del pacto tal y como hemos referido, al igual que el tes-

¹⁰ ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luís, *Derecho de Sucesiones*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 137, Nota 284.

tador puede modificar el legado. Ambos consolidan su derecho a la muerte del testador siendo propietarios de los bienes dejados o legados desde el óbito.

Siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS¹¹, el legatario, con carácter general, puede ejercer las siguientes acciones:

- 1) Acción personal para pedir su legado, que los romanos llamaban *ex testamento*. Frente a ella el instituido podrá ejercitar la correspondiente al art. 1124 del C.C. en cumplimiento del contrato.
- 2) Siendo el legado de cosa determinada, supuesto del que hemos partido por similitud a la figura objeto de comparación, el legatario, al ser dueño de ella desde la muerte del testador, puede ejercitar la acción reivindicatoria contra quien la tenga. En principio también entendemos que le corresponde al instituido con carácter general, salvo en el caso del supuesto específico del precepto que analizamos.
- 3) Si además no hay herederos ni albaceas y nadie posee los bienes como dueño, puede inscribir su legado en el registro de la propiedad y posteriormente solicitar judicialmente la entrega de la posesión o interponer un interdicto de adquirir.

Y lo mismo cabe señalar respecto al instituido, salvo el caso del art. 78.2 de la Ley 3/1992 de Derecho Civil Foral del País Vasco.

El instituido, como indica CELAYA IBARRA¹², «tiene un derecho expectante sobre el patrimonio del instituyente, pero este derecho quedará determinado en el momento de la muerte del causante» y para garantizar su derecho la Ley 3/1992 le impide disponer de sus bienes a título gratuito pero nada dice sobre las disposiciones a título oneroso.

Según MONASTERIO¹³, como quiera que las disposiciones que se permiten al instituyente son a «título oneroso» por efecto de la subrogación real, no cabe que quede burlada la expectativa del instituido.

Ciertamente, el sucesor a la muerte del instituyente percibirá, en principio y salvo lo que se diga con posterioridad, lo que haya integrado el heredante como nuevo patrimonio en sustitución de la masa de la que dispuso; pero, aunque teóricamente esto sea así, plantea, al menos a quien esto escribe, una serie de problemas que también se dan en el legado (art. 869 C.C.): enajenación y transformación del bien.

¹¹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *op. cit.*, pág. 305.

¹² CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, coord. ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXVI, Edersa, Madrid, 1978, pág. 305.

¹³ MONASTERIO AZPIRI, Itziar, *op. cit.*, pág. 207.

Supongamos, por ejemplo, que el ascendiente intuye que ese negocio de tintorería del que va a hacer sucesor al instituido (o taller de siderometalurgia, tienda de ultramarinos, pequeño supermercado, etc.) se encuentra más atrasado que otros de la zona o en decadencia, y para cuando el instituido acabe sus estudios, alcance la edad para regentarlo, o la preparación necesaria, va a ser demasiado tarde para actualizarlo. ¿Qué ocurriría entonces? Veamos dos posibilidades que, en la práctica, podrían plantearse:

- Primera posibilidad (*transformación*): el instituyente, debido al avance social, observa que otro negocio puede ser más provechoso, cambiando la masa patrimonial que en principio había conferido al instituido (léase, por ejemplo, sustitución de la tienda de ultramarinos por un cyber-café, una taberna irlandesa o una parafarmacia).
- Segunda posibilidad (*enajenación*): una entidad bancaria o una cadena de alimentación le ofrece al instituyente una cantidad de dinero insospechada por el local para instalar allí una sucursal de su actividad.

En ambos casos no estamos planteando que exista mala fe ni fraude por parte de ese ascendiente, sino que lo hace por entender que pueda ser la mejor solución en un momento concreto, o por política comercial, si se prefiere.

Es evidente que el instituido se va a encontrar con algo muy diferente de lo que se le confirió a través de un pacto **que aceptó** y para lo que posiblemente haya estado preparándose durante años, o sea un negocio que le guste y del que entienda su funcionamiento.

La situación descrita tiene similitud con lo contemplado en el art. 869 C.C., por lo que para realizar este análisis nos vamos a centrar y seguir el brillante artículo de MANUEL ALBALADEJO¹⁴ sobre el citado precepto.

V.1.2. LA TRANSFORMACIÓN Y LA ENAJENACIÓN EN LA INSTITUCIÓN DEL LEGADO

Dice así el art. 869:

«El legado quedará sin efecto:

- 1.º) Si el testador **transforma** la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía.

¹⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *El artículo 869 del Código Civil, Revista de Derecho Privado*. 1980, págs. 1079 y ss.

- 2.º) Si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto a la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa.
- 3.º) Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero. Sin embargo, el obligado a pagar el legado responderá por evicción, si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el art. 860.»

Del artículo transcrito observamos que el primer párrafo se refiere a la imposibilidad de transformación del legado y el segundo a la enajenación (prescindiremos del tercero, aunque muy interesante, por no tener relación con el paralelismo que pretendemos establecer con el art. 78.2 de la Ley 3/1992).

ALBALADEJO desentraña y analiza las cuestiones que surgen del citado precepto distinguiendo los diferentes supuestos que se plasman en sus párrafos 1.º y 2.º: el problema de la transformación del legado y el de la enajenación.

V.1.2.1. La transformación

La transformación del legado de manera que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía producirá su ineficacia.

No es transformación el mero embellecimiento de la cosa o que la finca se transforme de secano a regadío, como dice MARÍN CASTÁN¹⁵. Lo importante es que se produzca un cambio sustancial, de manera que ese cambio no pueda considerarse un *plus*, sino un *aliud*.

Ahora bien, para que esto ocurra así es imprescindible, como luego veremos, que se deba a la voluntad del testador; e, incluso adelantándonos, debemos decir que tal voluntad ha de ser *real*.

Así, ALBALADEJO distingue varios supuestos que agrupamos de la siguiente manera:

- a) Transformación por voluntad del testador.
El precepto se inicia expresando «si el testador transforma (...)». Es evidente que es necesaria una voluntad del testador de variar la cosa objeto de legado. Al ser esto así el legado es inefi-

¹⁵ MARÍN CASTÁN, Francisco, *op. cit.*, pág. 40.

caz, y el legatario no podría reclamarlo por ser cosa distinta de la legada que era *ex re certa*. Lo importante de esta ineficacia no es la transformación de la cosa, **sino la voluntad del testador de que así sea**, que es lo que torna realmente ineficaz el legado.

Por eso, aunque el legado retorne a su estado anterior no le devuelve su eficacia, ya que aquél se perdió por la voluntad de transformación de quien lo concedió.

Si el testador desea que, aún existiendo transformación, el legado se mantenga, debe hacerlo constar así en testamento, y obviamente antes de que ocurra la transformación. Por el contrario, si ésta ya ha tenido lugar deberá hacer un legado de cosa nueva.

También deberá legar de nuevo cuando la transformación vuelva a su estado primitivo, y manifestar así su voluntad *real*.

b) Transformación total y transformación parcial.

Como hemos visto, el precepto exige para su ineficacia que el legado no conserve ni la forma ni la denominación que posea; pero en casos de transformación parcial habrá que entender revocada la parte del legado transformada y mantenerse la que quedó intacta.

c) Transformación del legado no realizada por el testador.

En este caso nos encontramos ante supuestos de modificación de la cosa por la vía de hecho, sin que haya concurrido la voluntad del testador ni que haya deseado la transformación con la que se encuentra.

¿Sería ineficaz el legado? Entendemos, al igual que el autor, que la respuesta ha de ser negativa, ya que no ha sido la voluntad del testador quien ha determinado la transformación de la cosa. El no lo ha querido. Por lo que, tanto siguiendo la literalidad del precepto («si el testador transforma...»), al igual que lo apuntado anteriormente sobre la determinación de la voluntad del testador para la ineficacia del legado, habremos de entender que éste se mantiene en la cosa transformada.

Podríamos pensar en una expropiación con permuta de tierras o en una concentración parcelaria en la que se cambia un bien por otro/s. Parece lógico pensar que el legado se mantenga, pues el testador no ha querido otra cosa diferente.

Del mismo modo ha de considerarse si la cosa así transformada, por tercero o por azar, retorna a su estado primitivo antes del fallecimiento del testador, pues la voluntad de éste ha quedado, tal y como hemos referido, al margen de cualquier cambio.

V.1.2.2. La enajenación

Según MARÍN CASTÁN, «por enajenación debe entenderse todo acto de disposición que suponga una pérdida de dominio de la cosa»¹⁶. MANRESA, por su parte entendía que también existía enajenación cuando se constituía una servidumbre, un usufructo o una hipoteca sobre la cosa objeto de legado; frente a lo cual ALBALADEJO entiende, con acierto, que esos no son casos de enajenación del legado, sino de la aplicación de los arts. 867 y 868 C.C.

En esta parte, y como quiera que se mantiene como criterio de ineficacia del legado la voluntad del testador, las soluciones a los distintos supuestos van a ser similares, si no idénticas, a las referidas respecto de la transformación en muchos de ellos.

a) Enajenación por voluntad del testador.

Al igual que respecto de la transformación, para que la enajenación haga ineficaz el legado debe hacerse por voluntad del testador. Lo determinante para dicha ineficacia no es que la cosa legada ya no se encuentre en manos de un tercero, sino que se ha manifestado la voluntad del testador al desprenderse de ella.

El propio precepto expresa «si el testador enajenare (...)», plasmando la voluntad que debe de existir en tal acto de disposición.

Destacar, que si la enajenación se ha realizado pero no consumado (falta la *traditio*) no por ello se mantiene el legado, ya que lo determinante es la *voluntad* del testador manifestada en la decisión de realizar tal enajenación. Ni tampoco en los casos en que la enajenación sea nula y vuelva el bien a la esfera patrimonial del testador, puesto que ya se ha manifestado su *voluntad* de enajenar.

Se mantiene el legado en los casos de enajenación con pacto de retroventa (reservándose el testador el derecho a adquirir) y también en aquellos supuestos en que se indique en el propio testamento la voluntad de que el legado permanezca a pesar de la enajenación.

Respecto de las enajenaciones inválidas, el criterio preeminente, según ALBALADEJO, y a tenor de todo lo expuesto hasta ahora, es que habrá de estarse en tales supuestos a la voluntad del testador en cuanto a tal disposición.

¹⁶ MARÍN CASTÁN, Francisco, *ibidem*.

b) Enajenación total y enajenación parcial.

No todo acto de enajenación anula el legado. Si es total, se ha manifestado la voluntad del testador respecto de la cosa que la hará ineficaz; pero si sólo se ha enajenado una parte, el legado se mantiene respecto a la no enajenada.

c) Enajenación del legado no realizada por el testador.

En este caso, como en la transformación, nos encontramos con situaciones en las que el legado se pierde por causas distintas de lo querido por el testador. El Tribunal Supremo entiende en estos casos que el legado mantiene su eficacia en supuestos de concentración parcelaria (se mantiene en las fincas de reemplazo), permuta (en la nueva que se adjudica) o expropiación forzosa (se mantiene en el importe del justiprecio).

Cuestión distinta sería si se hubiera dispuesto del legado por acreedores del testador y se subastara la cosa, en cuyo caso el legado se mantendría porque, siguiendo el criterio expuesto, el testador no deseó lo contrario. Otra cosa es que el legatario no perciba nada por su legado, considerándose por ALBALADEJO que se mantiene como de cosa ajena, en contra del resto de la doctrina, que entiende que existe imposibilidad de cumplir el legado.

V.2. *Confrontación de la teoría de la transformación y enajenación del legatario y legado con las facultades de disposición del instituyente en el pacto sucesorio (art. 78.2 Ley 3/1992)*

En este apartado vamos a intentar concordar lo que se ha analizado sobre el testador y el legatario respecto del instituyente y el instituido en el pacto sucesorio con eficacia *post mortem* en lo que respecta al segundo inciso del art. 78 de la Ley 3/1992, a fin de comprobar si tales figuras se integran en los supuestos objeto de análisis o si, por el contrario, no admiten tal equiparación por tener diferente naturaleza.

V.2.1. LAS FACULTADES DE DISPOSICIÓN DEL INSTITUYENTE

En el análisis realizado en cuanto a la figura referida del Código Civil, se ha perfilado como determinante de la ineficacia o mantenimiento del legado la voluntad del testador. Esta era la única razón a la hora de analizar los distintos supuestos expuestos tanto de la transformación como de la enajenación.

En el caso que nos ocupa (facultad de disposiciones onerosas por el instituyente) partimos de la inexistencia de un precepto similar que nos ofrezca una pauta a examinar, limitándose su regulación a dos líneas que nada refieren al respecto:

«Si bien los instituyentes conservan la propiedad de los bienes, sólo podrán disponer de los mismos a título oneroso.»

De la mera lectura de esta norma se desprende que se deja a la voluntad del instituyente la posibilidad de disposición del bien conferido por pacto. Ahora bien, ¿dicha voluntad así manifestada supone una intención de declarar la ineficacia del pacto, como ocurre en el legado?

El pacto sucesorio, a diferencia del testamento, no se puede revocar unilateralmente por el instituyente; para ello es necesario el consentimiento del sucesor «y por las causas que hayan establecido las partes» (art. 75 de la Ley 3/1992).

Por lo tanto, ¿podemos considerar en el pacto sucesorio la voluntad del instituyente respecto a las facultades dispositivas que la ley le confiere como determinante para determinar la ineficacia del pacto?

V.2.2. VOLUNTAD DEL INSTITUYENTE COMO MANIFESTACIÓN TÁCITA DE REVOCACIÓN E INEFICACIA DEL PACTO SUCESORIO

V.2.2.1. La transformación

Si partimos como premisa de una respuesta afirmativa, y siguiendo los mismos criterios que para el legado, nos encontramos con que la transformación del negocio familiar (supermercado, tintorería, caserío...) en otro (taberna irlandesa, cyber-café, agroturismo...) supondría una revocación tácita del pacto, por lo que el instituido perdería su condición de sucesor en ese bien, así como sus expectativas de explotar tal negocio familiar.

Para que se mantuviese vigente se debería verificar otro pacto, designándole sucesor en ese nuevo bien. Podría continuar vigente aquel primer pacto sucesorio si en él se indicara expresamente, y antes de que tuviera lugar la transformación, que se mantiene aunque la masa patrimonial se vea modificada en su forma y denominación, ya que de otro modo perdería su condición. Igualmente, quedaría ineficaz el pacto si la transformación ya hubiera tenido lugar o si el bien transformado retornara a su forma original, ya que la voluntad del instituyente se habría manifestado mediante la transformación realizada, por lo que sería necesario verificar un nuevo pacto.

Si la transformación fuera parcial (por ejemplo, el caserío transforma sólo su mitad en un establecimiento de agroturismo), permanecería el pacto en la parte del bien no transformada.

Respecto a transformaciones operadas sin la voluntad del instituyente (por ejemplo, una concentración parcelaria o una permuta administrativa), el pacto se mantendría vigente, siendo el instituido sucesor en las nuevas tierras concedidas.

V.2.2.2. La enajenación

En lo que se refiere a la enajenación, y tal como veíamos respecto del legado, su aplicación en el pacto sucesorio va a ser similar a lo obtenido en la transformación. La voluntad del heredante permanece y es determinante respecto de la validez de la institución que se analiza.

Así, si se enajenara el bien objeto de pacto se deduciría, quizás de manera más clara que respecto a la transformación, la voluntad del instituyente de revocar el pacto, ya que dicho bien sale de su esfera patrimonial aunque se integre en su lugar el importe dinerario percibido a cambio. Puede entenderse que es una manera más radical, pero más concluyente, de manifestar al instituido que no se le desea como sucesor en el bien y que se prefiere desprenderse de éste antes de que acabe en su patrimonio.

Por ello, esta voluntad revocatoria se mantendría para supuestos en que no se hubiera perfeccionado la enajenación del bien; o en el supuesto de nulidad de la enajenación; o de que, realizada ésta, retornara dicho bien a la esfera patrimonial del instituyente. Sólo se mantendría la validez tras la enajenación cuando expresamente así se indicara en el pacto sucesorio o en supuestos de pacto con retroventa.

En casos de invalidez habría de estarse a la voluntad del instituyente, como se dijo para el legado.

En supuestos de enajenación parcial del bien, el pacto estaría vigente en la parte no enajenada. Por ejemplo: se vende la mitad del caserío o del local de supermercado, quedando en ambos casos reducido el bien asignado al sucesor.

De igual modo ocurriría en supuestos de enajenación no deseada por el instituyente: se mantendría el pacto al no haberse manifestado la voluntad de éste. Piénsese en la subasta del bien para pago de acreedores, o una expropiación del caserío y sus pertenecidos: recibiría el sucesor el sobrante si lo hubiere en el primer caso, y el justiprecio en el segundo.

V.2.2.3. Acciones del instituido

a) *Transformación y/o enajenación total*

Ante estos supuestos en los que se ha admitido para el análisis que la voluntad del instituyente del art. 78.2 es determinante e implica una revocación del pacto sucesorio, el instituido carecería, en principio, de acciones judiciales contra el instituyente, pues nos encontraríamos con que esas disposiciones onerosas estarían amparadas por lo ya explicado. No obstante lo cual, entendemos que eso no es del todo cierto, ya que la expectativa del sucesor en ese bien, que posteriormente se frustra por las acciones del heredante —y que en muchos casos le ha supuesto invertir años de preparación y de adquirir una experiencia para después explotar esa masa patrimonial concedida, o de rechazar en su caso otros trabajos bien remunerados por cumplir con el pacto otorgado y que, además, como en las capitulaciones matrimoniales, puede afectar al matrimonio— no puede quedarse sin resarcimiento alguno a favor del instituido.

Así pues, si permitimos la revocación unilateral del pacto sucesorio podríamos entender que cabría aplicar, en todo caso, la posibilidad que ofrece el art. 1902 del Código Civil respecto de la culpa extracontractual:

«El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, esta obligado a reparar el daño causado.»

El sucesor tendría que demostrar el daño que esa disposición del bien le ha causado (daños morales, perjuicios económicos...) con la dificultad de prueba que en muchos casos conlleva.

De igual manera habría que aceptar la posibilidad de ejercer una acción de enriquecimiento injusto si hubieran realizado inversiones para mejorar el bien, de las cuales se haya beneficiado el instituyente.

b) *Transformación y/o enajenación parcial o sin concurrencia de la voluntad del instituyente*

En estos supuestos el sucesor recibe parte del bien que le ha sido asignado, o el substitutivo del bien o dinero en caso de que no lo haya deseado el heredante.

Aceptando la transposición de las reflexiones realizadas para el legado, el sucesor quedaría «pagado» con lo que a cambio se le entregue, aunque puedan darse supuestos en que se haya minorado o transformado tanto el patrimonio inicialmente otorgado que pueda no interesarle.

En este caso entendemos que carecería de la acción del 1902 C.C., ya que la modificación o minoración patrimonial del bien estaría legal-

mente realizada y admitida sin implicar fraude alguno, sino tan sólo una voluntad modificadora de lo pretendido inicialmente y plasmado en el pacto sucesorio.

VI. Conclusiones

VI.1. *Análisis de los supuestos desde la propia institución del pacto sucesorio. Espíritu del legislador*

Ya se ha expresado en apartados anteriores las diferencias entre el legado y el pacto sucesorio. El primero es un instrumento de manifestación de la última voluntad del causante, unilateral, donde no concurre ninguna anuencia de voluntades y por ello perfectamente modificable tantas veces como quiera el testador para elegir a quien quiere mejorar, legar con carácter preferente a otros, según evolucione su vida y la de los posibles herederos y legatarios. Por ello y porque, como hemos dicho, la voluntad del causante es la determinante en las modificaciones testamentarias, existen preceptos como los analizados apartados 1 y 2 del art. 869 C.C. donde se regulan las diferentes situaciones que revocan los legados en virtud de las manifestaciones de voluntad del testador sobre aquéllos.

Pero el pacto sucesorio es una institución muy diferente. Es un contrato, un acuerdo de voluntades entre el instituyente y el que ha de ser designado en la sucesión de determinados bienes. Ambos suscriben el documento público en el cual se plasma dicho pacto y establecen, en su caso, las cláusulas y cargas que deba cumplir el instituido so pena de revocación o resolución del contrato. Así mismo, el pacto sucesorio prevalece sobre cualquier disposición testamentaria anterior respecto del bien objeto de pacto (art. 75 Ley 3/1992), por lo que el legislador está confiriendo mayor valor al acuerdo de voluntades alcanzado por las partes en el pacto que a la decisión unilateral del instituyente en un testamento anterior.

La vigente Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco manifiesta en todas sus disposiciones sobre esta institución la intención de que el pacto sucesorio sea un medio que garantice y permita una mejor elección en el nombramiento del sucesor en los bienes. Estamos hablando de relaciones familiares donde la preocupación es que aquellas masas patrimoniales queden en las mejores manos, unificadas para la perdurabilidad del patrimonio.

También regula dicha Ley las formas de transmisión de estos bienes (con eficacia de presente o *post mortem*), siendo interesante desta-

car que cuando el pacto tiene eficacia de presente, la Ley exige para disposiciones gravosas la concurrencia del consentimiento entre instituyente e instituido.

Ello nos debe llevar a concluir que de igual modo ha de operarse en aquellos que tengan eficacia *post mortem*. Lo lógico es que el instituyente solicite el consentimiento, fehaciente o verbalmente, al instituido para disponer onerosamente de dichos bienes y que ambos lleguen a la decisión de realizar tal disposición.

Por ello, entendemos que no es aplicable al caso que nos ocupa lo examinado respecto del legado, aún cuando puedan existir también transformaciones o enajenaciones de los bienes objeto del pacto sucesorio, ya que la naturaleza de la institución y el espíritu del legislador, que a su vez ha pretendido recoger en el texto de la ley, precipitadamente o no, la tradición de estas instituciones, nos pone de relieve que son diferentes, no pudiendo dejar al arbitrio de una de las partes (el instituyente) tal variación del contenido del pacto que fue aceptado en su momento por el sucesor.

VI.2. *Análisis de la cuestión en relación con la regulación del contrato en el Código Civil*

La pauta para analizar la situación del instituido respecto de las disposiciones onerosas que realice el instituyente según el art. 78.2 de la Ley civil del País Vasco nos la dan los derechos civiles forales reseñados en el apartado IV de este estudio.

Unas legislaciones recogen la necesidad del consentimiento del sucesor cuando el pacto se realiza para la conservación del patrimonio familiar (Aragón) y para actos no reservados por el instituyente (Navarra), y en otras se alude expresamente a la posibilidad de disposiciones onerosas en fraude del instituido y a las acciones de nulidad y simulación.

No se puede afirmar tajantemente que, como las disposiciones que la ley permite realizar al instituyente son onerosas, por subrogación quedan salvados los derechos del instituido en virtud del pacto. Pensemos, por ejemplo, en el heredante que realiza una disposición onerosa consistente en una compraventa del bien objeto de pacto, y que por desavenencias posteriores con el instituido decide venderlo por un precio inferior al real (sin que sea muy exagerado). En este caso, aunque el sucesor se subrogue en el capital objeto de venta éste es claramente inferior al real, con lo que se ha mermado el patrimonio concedido en origen.

Pero además, aunque se subrogue en el capital y no haya fraude en la disposición, el pacto original queda transformado en una cantidad de

dinero. ¿Cómo se garantiza su valor, si el pacto tiene efectos *post mortem*?

No es esta una cuestión baladí ya que:

- a) Si en el pacto con tal eficacia no se ha acordado una comunidad de vida entre ambos pactantes o se ha previsto el usufructo de la mitad del bien, el instituyente podría disponer de ese dinero para su supervivencia, con lo que, según su longevidad, puede minorar e incluso anular los derechos del instituido (que, aunque expectantes, son ciertos) y el pacto original.
- b) Aunque el heredante tenga otros bienes de los que vivir, ¿debe guardar celosamente ese capital obtenido por la compraventa para que no se minore? Entonces nos encontraríamos con que, al cabo de los años, ese dinero no va a representar en absoluto el valor del patrimonio del que se dispuso.

Por otro lado, ¿qué ocurriría si el instituyente realizara una disposición onerosa respecto de otro de sus descendientes? ¿Podríamos aquí entender una voluntad de revocar el pacto aunque el instituido se subroga en el precio? Y si la disposición se realiza a favor del propio instituido que adquiere la propiedad del bien objeto del pacto por medio de compraventa y precio cierto, ¿podría reclamar *post mortem*?

La cuestión no es sencilla, y los supuestos extraños que hemos mencionado en modo alguno entendemos que sean de *ciencia-ficción*, pues por desgracia la realidad supera cualquier cosa que podamos imaginar. Es por ello, que vamos a intentar modestamente buscar soluciones para las cuestiones aquí planteadas.

Es evidente que en virtud del contrato que es todo pacto sucesorio, el instituido va a estar amparado por las acciones que se deriven de los contratos, por lo que vamos a acudir al Código Civil como supletorio.

El art. 1261 C.C. establece los requisitos que han de concurrir en un contrato para que pueda considerarse tal y despliegue sus efectos jurídicos entre las partes: consentimiento, objeto cierto y causa.

Por tanto, si en esas disposiciones onerosas del instituyente con un tercero existe defecto en alguno de estos requisitos es evidente que el instituido podría ejercer las siguientes acciones, establecidas en el Código Civil:

- Nulidad. Se ejercita en los supuestos de traspaso de los límites que permite el ordenamiento jurídico para el ejercicio de la autonomía de la voluntad y en el caso de que el contrato entre el instituyente y el tercero carezca de los requisitos esenciales del 1261. El instituido como perjudicado en sus derechos puede soli-

citar que se declare la nulidad de ese contrato, que tendría efectos *ex tunc*, como si nunca se hubiese celebrado. Su ejercicio es imprescriptible, porque al ser radicalmente nulo nunca ha producido efectos jurídicos, pero ha de solicitarse su declaración para que despliegue sus efectos *erga omnes*.

- Anulabilidad, nulidad relativa. Si no se ejercita en el plazo de caducidad de cuatro años el contrato deviene inatacable. Son los supuestos en que uno de los contratantes (para el caso el instituyente) ha sufrido un vicio de la voluntad o posee una capacidad de obrar restringida o, por ejemplo, se realiza la disposición onerosa por el instituyente con un tercero sin el consentimiento del instituido cuando la ley lo exigiera como necesario.
- Rescisión. Sería de aplicación la acción de rescisión cuando se haga la disposición en fraude de acreedores considerando, en ese caso, acreedor al sucesor de los bienes, ya que el fin perseguido es que no perciba aquel derecho expectante que se le ha conferido. El art. 1297 considera que existe siempre fraude cuando uno de los contratantes sea persona contra la que se hubiese dictado sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo. Tal afirmación nos parece excesiva, pues no siempre y en todos los casos quien se encuentre en una de esas dos situaciones descritas ha de ser un defraudador nato, aunque tales circunstancias pueden servir para poner sobre aviso. Dicha acción, que es subsidiaria, tiene un plazo de prescripción de cuatro años.
- Simulación. En este caso se habría producido un engaño a los terceros al acto (instituido). Existen distintas posturas doctrinales sobre su naturaleza. Una gran parte de la doctrina y la Jurisprudencia lo ha enmarcado dentro de la teoría de la causa del negocio, y sobre ella debemos acudir a los arts. 1275 y 1276 del C.C. La acción es declarativa e imprescriptible.
- Daños y perjuicios del art. 1101 C.C. En este precepto se regula la culpa contractual derivada del contrato (en este caso pacto sucesorio) entre instituyente y sucesor. Existen muchos supuestos que permitirían su acción, sin que implique una acción fraudulenta o en abuso de derecho por el heredante. Así, en los casos en que el sucesor, como hemos referido en otros apartados, haya invertido esfuerzo y trabajo en el bien patrimonial que posteriormente se ve transformado o enajenado. Habría de entenderse que podría cuantificar y valorar ese esfuerzo o reclamar el capital invertido. También podría reclamarlos en el supuesto mencionado de que tras la disposición onerosa el importe

o permuta respecto del bien sea inferior a la de la masa conferida al instituido.

- También entendemos que el instituido tendría acción personal en el caso de que el instituyente le transfiriese la masa patrimonial en la que le nombra sucesor por precio, ya que al no estar revocado el pacto tendría derecho *post mortem* a reclamar el dinerario abonado por el bien.

VI.3. Conclusiones en torno a la actual regulación legal de la institución

Como consecuencia del estudio realizado, pueden extraerse las siguientes conclusiones relativas a la regulación actual de la institución, así como a las necesidades que debería satisfacer una futura reforma legal:

- 1.^a Se ha intentado poner de manifiesto la falta de regulación de la Ley 3/1992 sobre los límites de acción del instituyente y el vacío legal existente sobre las acciones del instituido.
- 2.^a Entendemos que dicha circunstancia puede provocar situaciones difíciles que no siempre van a resolverse cómodamente a través del Código Civil, como Derecho común supletorio.
- 3.^a En la elaboración de una nueva Ley civil vasca habría de tenerse en cuenta si la institución del pacto sucesorio es plenamente vigente y si puede sobrevivir a las nuevas circunstancias sociales que se plantean (por ejemplo, se nombra instituido/a a uno de los hijos/as y a su cónyuge, invirtiendo éste esfuerzo y dinero en el bien objeto del pacto, y luego se separan sin haberse revocado el pacto).
- 4.^a El Primer Anteproyecto previene de alguna manera esta cuestión a la usanza de la normativa de Aragón y Navarra, al establecer en su art. 105 el consentimiento cuando el pacto lo sea respecto de patrimonios productivos, pudiéndose realizar un esfuerzo mayor que dé mayores garantías al sucesor en los bienes.
- 5.^a El avance de las nuevas tecnologías, de las comunicaciones, etc., hace que hoy en día los negocios familiares posean unas características físicas muy distintas a las tradicionales, por lo que se hace necesario tanto adaptar las instituciones y derechos históricos que lo permitan como eliminar, en su caso, de la actual normativa aquello que carezca de virtualidad práctica, pues el Derecho ha de ser, por naturaleza algo vivo, dinámico y práctico.

Bibliografía

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *El artículo 869 del Código Civil*, en *Revista de Derecho Privado*, 1980.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo VI, Volumen I y II, Reus, Madrid, 1978.
- CELAYA IBARRA, Adrián, *Derecho Foral y Autonómico Vasco*, Tomo I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1984.
- , *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, coord. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXVI, Edersa, Madrid, 1978.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1979.
- MARÍN CASTÁN, Francisco, *Comentario del Código Civil*, coord. GIL DE LA SIERRA, Ignacio, Volumen 5, Bosch, Barcelona, 2000.
- MONASTERIO ASPIRI, Itziar, *Los pactos sucesorios en el derecho vizcaino*, Universidad de Deusto-Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1994.
- ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 1989.
- ROCA TRÍAS, Encarna, «Lección 12» en *Derecho civil, Derecho de sucesiones*, coord. CAPILLA RONCERO, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- LEY de 30 de julio de 1959. La Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava.
- LEY 3/1992 de 1 de junio, de Derecho Civil Vasco.
- LEY 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho Civil de Aragón.
- DECRETO LEGISLATIVO 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares.
- LEY 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.
- LEY 40/1991, de 30 de diciembre. Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña.
- LEY 147/1963 de 2 de diciembre, sobre Compilación del Derecho Civil de Galicia.
- LEY 49/1981 de 24 de diciembre del Estatuto de la explotación agraria y de los agricultores jóvenes.
- LEY 19/1995 de 4 de julio de Modernización de las Explotaciones agrarias.

GUIA BASICA PARA LOS CAMBIOS DE CONTINGENCIA EN LA PRESTACION DE INCAPACIDAD TEMPORAL

José Andrés Álvarez Patallo

Letrado de la Seguridad Social

Primera parte: La competencia para determinar la contingencia de la incapacidad temporal

Doctrina tradicional

Nos encontramos ante una materia que incorpora todos los alicientes para resultar problemática desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, puesto que conjuga una institución tradicional, pero no por ello incontrovertida, cual es el accidente de trabajo (y en menor medida la enfermedad profesional), y una distribución de competencias en la gestión de la prestación de incapacidad temporal entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional de la Seguridad Social (MATEPSS) y, en mucha menor medida, las empresas en régimen de colaboración voluntaria. A ello debe añadirse que la prestación económica de incapacidad temporal es un subsidio, esto es, una prestación limitada en el tiempo, que combina un aspecto económico sustitutivo del salario (de hecho se abona de modo delegado por la propia empresa empleadora) y un aspecto médico, con las consiguientes dificultades que ello acarrea para su control. Como colofón a todo lo expuesto debemos destacar el elevado gasto público que ha supuesto el pago de esta prestación (mencionada expresamente en la recomendación XIII del Pacto de Toledo como una de las principales vías de entrada del fraude en la Seguridad Social), lo que ha motivado numerosas y complejas reformas legales, planes de control y convenios de colaboración entre las distintas Administraciones implicadas (no siempre debidamente meditados), todo ello con el objeto de atajar el ingente gasto que ocasiona su abono.

La cuestión que se pretende dilucidar en el presente estudio radica específicamente en quién ostenta la competencia para determinar la contingencia de la que deriva la incapacidad temporal cuando exista discrepancia al respecto entre el INSS y la MATEPSS que resulte competente en cada supuesto. La materia resulta especialmente controvertida cuando el INSS ya haya iniciado el pago de la prestación de incapacidad temporal (it) por contingencias comunes, decidiendo más tarde modificar dicha contingencia por la de accidente de trabajo o enfermedad profesional, repercutiendo con ello el pago de la prestación sobre la MATEPSS correspondiente.

La posición tradicional del Tribunal Supremo (TS) ha sido que cada entidad, ya sea gestora o colaboradora, debe determinar en cada caso si se considera a sí misma competente para el reconocimiento y abono de la prestación a su cargo, dirimiendo la controversia, en caso de que exista, los tribunales de justicia. Esta postura ha sido respetada por el INSS, aunque sólo oficialmente, toda vez que el actuar discrepante de algunas Direcciones Provinciales ha motivado, como más adelante se verá, que surgieran resoluciones judiciales contradictorias con la doctrina del TS que finalmente terminaron imponiéndose en la jurisprudencia del propio Alto Tribunal, el cual modificó su postura tradicional.

Descendiendo más detalladamente a analizar la posición tradicional del TS, la encontramos resumida en la sentencia de 8 de octubre de 1997 (RJ 1997/7.653), en la que se defiende que la competencia para determinar la contingencia de la it tanto del INSS como de las MATEPSS, es plena, pues comprende la decisión sobre la concurrencia de todos los requisitos que determinan tanto el acceso a la prestación como su contenido y el sujeto responsable, sin que pueda sostenerse que queda excluido de esta competencia el establecimiento de la contingencia determinante, pues sin un pronunciamiento sobre ésta no es posible una decisión —positiva o negativa— sobre el derecho. Continúa el Alto Tribunal argumentando que, respecto a la normativa vigente en la época sobre la materia, «en ningún caso puede interpretarse el apartado g) del número 1 del artículo 2 del Real Decreto 2.609/1982 [de 24 de septiembre] como una norma que autorice al INSS a sustituir a las Mutuas y a las empresas en régimen de colaboración voluntaria en las competencias que les son propias en prestaciones distintas de la invalidez permanente»¹. Finalmente, concluía el TS que una decisión del INSS mo-

¹ El artículo 2 del mencionado Real Decreto, por el que se regulaba la evaluación y declaración de las situaciones de invalidez en la Seguridad Social, establecía en su apartado 1, letra a), que el INSS era competente, cualquiera que fuera la entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate, para declarar las situaciones de invalidez per-

dificando la contingencia de la it supondría una revocación del reconocimiento inicial de una prestación por enfermedad común que habría de regirse por el artículo 145 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (LPL), y que, al no concurrir ninguno de los supuestos que justifiquen una revisión de oficio, el organismo gestor debería ejercitar la acción prevista en el número 1 de dicho artículo, no pudiendo por tanto actuar válidamente en vía administrativa.

La doctrina expuesta tiene como consecuencia inmediata el posicionamiento del INSS y de las MATEPSS en un plano de igualdad, de modo que cada una es competente para la gestión de las prestaciones que tiene encomendadas, dirimiendo las controversias que puedan surgir al respecto los tribunales de justicia.

La segunda consecuencia que provoca la doctrina tradicional del TS es que el INSS no podría aplicar eficazmente la costumbre tradicionalmente aceptada de reconocer las prestaciones por enfermedad común y determinar a *posteriori* la contingencia de la it, pues para ello debería acudir a solicitar el amparo de los tribunales ex artículo 145 LPL. Por tanto, en los supuestos en que existan dudas razonables acerca de la contingencia de la it, lo que viene ocurriendo en no pocos casos, tanto el INSS como la MATEPSS correspondiente deben actuar denegando su propia competencia para reconocer la prestación de incapacidad temporal. Ello abocaría al trabajador a tener que asumir la iniciativa procesal, con el coste que ello implica, para obtener un pronunciamiento judicial sobre quién ha de hacerse responsable de su protección, lo que le deja en una situación de desamparo especialmente grave tratándose la it de una prestación perentoria, es decir, sustitutiva del salario y destinada a satisfacer las necesidades más urgentes del trabajador².

manente en sus distintos grados y las contingencias determinantes de las mismas. Asimismo, en la letra e) reiteraba la competencia del INSS para determinar la Mutua o empresa responsable de las prestaciones que resulten procedentes en materia de invalidez o lesiones permanentes no invalidantes. Finalmente, la letra g) establecía una norma de cierre, por la que el INSS resultaría competente para ejercer «cuantas otras funciones y competencias le estén atribuidas por la legislación vigente en materias análogas a las enumeradas en los apartados anteriores en cuanto Entidad Gestora de la Seguridad Social y para las prestaciones cuya gestión tiene encomendada».

² J.M. ALCÁNTARA y COLÓN y A.I. ESPINOSA GARCÍA. *Algunas reflexiones añadidas al tema de la competencia del INSS para determinar la contingencia de la incapacidad temporal asegurada por una Mutua a la luz de la nueva doctrina del Tribunal Supremo*. Análisis de diversas cuestiones en materia de Seguridad Social (Ed. Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales. 2001. pág. 30).

Las primeras discrepancias

Las consecuencias expuestas no pasaron desapercibidas a ciertas Direcciones Provinciales del INSS que afirmaron la competencia superior del INSS para determinar la contingencia de la it, independientemente de que ésta se encuentre protegida en la propia entidad gestora o en una MATEPSS. Los argumentos empleados para justificar dicha actuación se encontraban por un lado en la interpretación del artículo 2.1.a), e) y g) del RD 2.609/1982³, así como del artículo 3.1.d) de la misma norma, en el que se afirmaba que «será competencia del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), cualquiera que sea la entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate, emitir los informes y dictámenes médicos preceptivos en relación con las materias siguientes (...) d) El carácter común o profesional de la enfermedad que origine la situación de incapacidad laboral transitoria o la muerte del trabajador cuando le sea solicitado tal dictamen». El argumento empleado por el INSS era que las competencias de las antiguas Unidades de Valoración Médica de Incapacidades del INSALUD eran las de informar médicamente en los expedientes tramitados por el INSS sobre calificación de la invalidez, por lo que, si la UVMI tenía competencia para informar médicamente sobre la contingencia de la it, cualquiera que fuese la entidad gestora o colaboradora que la cubriese, es porque el INSS tenía la competencia para resolver sobre dicha materia. Además, desde el punto de vista del aforismo «quien puede lo más puede lo menos» no se entendería que el INSS tuviese competencia para determinar la contingencia de la incapacidad permanente y no la tuviese para la incapacidad temporal.

Estos argumentos tuvieron favorable acogida por parte de algunos tribunales ya en 1991⁴, aunque también existieron pronunciamientos judiciales opuestos. No obstante, el posicionamiento comenzó a ser mayoritario a favor de la superior competencia del INSS para calificar la contingencia de la it a partir de la publicación del Real Decreto 1.300/1995, de 21 de julio, que desarrolló la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social. En el artículo 1.1.d) de dicho reglamento se establecía la competencia del INSS para «determinar en su caso la MATEPSS o empresa colaboradora responsable de las prestaciones que resulten proce-

³ Ver nota número 1.

⁴ Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Oviedo de 16 de abril de 1991 y sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 5 de diciembre de 1991.

dentes en materia de incapacidades laborales». Asimismo, en cada Dirección Provincial del INSS se constituiría un Equipo de Valoración de Incapacidades con competencia para la «determinación del carácter común o profesional de la enfermedad que origine la situación de incapacidad temporal o muerte del trabajador cuando le sea solicitado tal dictamen» (artículo 3.1.f.).

Por tanto, a la vista de la normativa transcrita, parece que la competencia del INSS para determinar la contingencia está referida a las incapacidades laborales en general, abarcando tanto la permanente como la temporal, siendo su resolución vinculante aunque la gestión de la correspondiente prestación esté encomendada a una MATEPSS o a una empresa en régimen de colaboración.

La ventaja de esta interpretación radica en que, cuando una MATEPSS deniegue su competencia para reconocer la prestación de incapacidad temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional en un supuesto dado, el trabajador puede acudir al Servicio Público de Salud a solicitar la baja por enfermedad común y después solicitar al INSS el cambio de contingencia. De este modo el trabajador está cubierto en todo momento y, al ser las resoluciones administrativas inmediatamente ejecutivas no obstante su impugnación⁵, si la resolución del INSS declara que la contingencia determinante de la it es la de accidente de trabajo, el trabajador podrá verse beneficiado inmediatamente con ello, trasladándose así la carga de la iniciativa procesal a la MATEPSS o a la empresa colaboradora, que serán quienes deberán impugnar la resolución del INSS si no la comparten.

La nueva doctrina del Tribunal Supremo

La interpretación expuesta comenzó a ganar posiciones ante los tribunales de justicia hasta que el propio Tribunal Supremo cambió su postura tradicional para acoger la superior competencia del INSS para determinar la contingencia de la it en dos sentencias dictadas en Sala General con fecha 26 de enero de 1998 (RJ 1998/1055 y 1139)⁶. Esta nueva posición fue asumida oficialmente por el INSS mediante resolución de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

⁵ Artículos 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁶ Jurisprudencia reiterada posteriormente en las SSTs de 27-1-98 (RJ 1998/1.141), 28-1-98 (RJ 1998/1.147), 2-2-98 (RJ 1998/1.253), 6-3-98 (RJ 1998/2.367), 28-4-98 (RJ 1998/4.581), 12-11-98 (RJ 1998/9.742), 1-12-98 (RJ 1998/8.919), 26-1-99 (RJ 1999/1.104), 19-3-99 (RJ 1999/3.011) y 22-11-99 (RJ 1999/8.525).

n.º 41.884, de 30 de junio de 1998, aunque fue criticada por algún sector de la doctrina que entendió que «salva la situación no resuelta por el legislador cuando entre gestoras y colaboradoras hay discrepancia en cuanto al riesgo originario, pero contradice las competencias de reconocimiento que se otorgan a aquéllas»⁷.

El fundamento básico de la nueva jurisprudencia del TS para la atribución al INSS y no a la MATEPSS de la superior competencia para calificar el origen o hecho causante de la lesión generadora de incapacidad temporal es la condición de entidad gestora de aquél y de entidad colaboradora de ésta, lo que comporta distintas facultades de uno y otra de acuerdo con la legislación vigente. Este argumento rompe frontalmente con la doctrina tradicional que situaba al INSS y a las MATEPSS en posición de igualdad absoluta respecto de las prestaciones cuya gestión tenían encomendada y es más coherente con la normativa vigente, que atribuye al INSS la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social⁸, mientras que a las MATEPSS les atribuye tan sólo la función de colaborar en dicha gestión⁹.

Respecto al obstáculo del artículo 145 de la LPL para que el INSS pueda modificar en vía administrativa la contingencia de la it una vez que ya se ha iniciado el proceso por enfermedad común, el TS salva esa dificultad rescatando la teoría de la «oficialidad», ya sentada en la STS de 17 de febrero de 1994 (RJ 1994/1057). Esta teoría consiste en que, al tratarse la it de una prestación perentoria destinada a cubrir las necesidades vitales más urgentes del trabajador, la misma se hace efectiva de modo directo y automático sin necesidad de solicitud, sino sobre la base del parte de baja del médico del Servicio Público de Salud, en el que se hace constar la causa de la dolencia que motiva la baja médica. Esta determinación por parte del médico es provisional, «aconsejada por razones de celeridad en la protección», y por tanto está supeditada a una eventual comprobación médica y jurídica posterior efectuada por el INSS bien de oficio, bien a instancia de parte, la cual se concretará en una resolución administrativa de dicha entidad gestora. Por tanto, esa determinación provisional en el parte de baja de la causa de la lesión que genera la it no

⁷ M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA. *Instituciones de Seguridad Social* (Ed. CIVITAS, 2000, pág. 268).

⁸ Artículo 57.1.a) del Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS), que reproduce el artículo 1.1.1 del Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo.

⁹ Artículos 67.1 y 68.1 de la LGSS. Además no debe olvidarse que las MATEPSS se encuentran sometidas a la tutela de la Administración pública (v. p. ej. los artículos 5.2.c y 71.2 LGSS).

tiene por qué revisarse a través del cauce procesal fijado en el artículo 145 de la LPL. Además, este precepto prohíbe la revisión de oficio de los actos de las entidades gestoras que sean declarativos de derechos, es decir, prohíbe la revisión de actos administrativos realizada en perjuicio de sus beneficiarios, lo que no acontece en el supuesto estudiado, en el que la revisión se hace precisamente en beneficio del trabajador destinatario de la prestación de it. Finalmente, con este proceder no se causa indefensión a la MATEPSS, que siempre puede ejercitar la defensa de sus intereses impugnando tanto en vía administrativa como judicial la resolución del INSS por la que se modifica la contingencia de la it.

Por tanto, ante la negativa de una MATEPSS a hacerse cargo de las prestaciones de it por accidente de trabajo, el trabajador puede acudir a su médico de atención primaria para que le extienda parte de baja por contingencias comunes¹⁰. A continuación puede acudir al INSS para

¹⁰ Aunque en puridad, y quizá sea el único reproche que puede oponerse a esta forma de proceder, es dudoso que un médico pueda fijar, aunque sea provisionalmente, la contingencia de la it como derivada de enfermedad común cuando tenga la certeza de que dicha contingencia debiera ser la de accidente de trabajo. Tal irregularidad sólo se justifica por el ánimo de protección del trabajador frente a un mal mayor. Esta polémica fue analizada por el TSJ del País Vasco en su sentencia de 30 de enero de 2001 (AS 2001/59), que razona que «las conclusiones precedentes se perciben con más nitidez, si cabe, en los casos en que el parte de baja por enfermedad común que el INSS, con posterioridad y sin cuestionar que concurra situación de incapacidad temporal atribuye a accidente de trabajo, se expide el mismo día o al día siguiente de haberse dado al trabajador el alta médica con secuelas por los servicios sanitarios de la Mutua que cubre la incapacidad temporal derivada de ese riesgo y sin la aparición de una agudización de su estado, ya que, en tales casos, lo que supone esa decisión de la Entidad Gestora, de hecho, es la tácita impugnación del alta médica expedida por los servicios sanitarios encargados de darla (artículo 1.6 del RD 575/1997, de 18 de abril) y el mantenimiento de la situación de incapacidad temporal en base a unos partes de baja y confirmación expedidos por quien no estaba facultado para darlos, como son los médicos del servicio público de salud... Debemos resaltar que la expedición de un parte de baja por los servicios médicos de Osakidetza cuando la situación viene de un accidente de trabajo que no cubre resulta irregular y sólo cabe justificarla porque desconozcan el origen de esa situación y la atribuyan por tanto a una contingencia común, debiendo cesar de inmediato en la expedición de esos partes en cuanto ya les conste que proviene de contingencia que no atienden. Aún en el supuesto de que el parte de alta extendido por la Mutua fuese indebido y el trabajador no estuviera en condiciones de incorporarse a trabajar por subsistir la situación propia de incapacidad temporal no queda habilitada Osakidetza para extender un parte de esa naturaleza. Tratar de justificarlo al amparo de proteger al trabajador supone atribuir al médico que lo expide una función que no tiene, como es la de convertirse en juez que valora el desacierto de la decisión dada por otro médico y llevarla a consecuencias insospechadas ya que, por la misma lógica, habría que admitir que cualquier otro médico, público o privado, puede extender un parte de esa naturaleza si considera indebidamente dado un parte de alta extendido por los servicios sanitarios competentes para ello (sean de una Mutua o de Osakidetza). Recalcamos, por tanto, que la expedición del parte de baja (y los de confirmación en su caso) sólo se justifica porque quien lo expide

que modifique la contingencia de it¹¹, resolución que será inmediatamente ejecutiva y vinculante para la MATEPSS, la cual podrá impugnarla en vía administrativa y judicial.

En definitiva, se aprecia claramente que este modo de proceder fijado por el TS, pese a las dudas doctrinales ya mencionadas, es mucho más garantista para el trabajador, puesto que el mismo en ningún momento queda desprotegido y la carga de la iniciativa procesal se traslada a la MATEPSS. Además, otorga una posición de superioridad al INSS sobre las MATEPSS, más coherente con la condición de entidad gestora de las prestaciones de aquél y de entidad colaboradora en dicha gestión de éstas. Finalmente, evita una tendencia expansiva, falsamente garantista, del artículo 145 de la LPL, que abocaría a impedir que el INSS pudiera cumplir con criterios de mínima eficacia su función de gestionar las prestaciones económicas de la Seguridad Social. A este respecto, no debe olvidarse que la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social no comprende solamente el reconocimiento o denegación de las mismas, sino que se extiende también a su posterior control. Por tanto, tal como dice el TS en su sentencia de 26 de enero de 1998 (RJ 1998/1055), «afirmar que la entidad gestora está vinculada por una situación inicial derivada de enfermedad común aunque en el curso del expediente de invalidez se comprobara que la enfermedad es de carácter profesional, supone negar al órgano gestor la más mínima capacidad de gestión y control sobre la contingencia en sí y sobre la entidad colaboradora, lo que sería contrario a los principios ya consagrados desde la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963».

Segunda parte: Las causas principales de los cambios de contingencia

Causas mediatas

Los cambios de contingencia de la incapacidad temporal han generado una enorme litigiosidad que se une a la ya de por sí ingente litigiosidad acerca del propio concepto de accidente de trabajo. La causa

considera que proviene de una contingencia que cubre y para la que, por tanto, está habilitado». En conclusión, el TSJ en el caso referido denegó la baja posterior por enfermedad común, así como el cambio de contingencia de la it, por entender que tanto Osakidetza como el INSS se habían extralimitado de sus competencias y que, realmente, lo que habían hecho había sido revocar el alta del proceso de it por accidente de trabajo extendido por la Mutua, para lo cual no están legalmente facultados.

¹¹ De acuerdo con las instrucciones internas de la entidad la modificación de la contingencia debe hacerse con informe preceptivo del EVI.

de todo ello hay que buscarla en la mayor protección que nuestro sistema de Seguridad Social sigue dispensando a las contingencias profesionales sobre las contingencias comunes. En relación específicamente a las prestaciones de incapacidad temporal dichas mejoras en la protección son básicamente las siguientes:

- En materia de accidentes de trabajo y enfermedad profesional opera el alta presunta o de pleno derecho (artículo 125.3 LGSS), lo que implica que, en caso de que el empresario hubiera incumplido sus obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización, el INSS o la MATEPSS siempre anticipan las prestaciones al trabajador, repitiendo posteriormente frente al empresario responsable (artículo 126.3 LGSS y artículo 95.1.2.º LSS 21-4-66).
- El requisito del período de carencia no es exigible para las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, así como para las derivadas de accidente no laboral (artículo 124.4 LGSS).
- Generalmente la base reguladora de la prestación es más alta, toda vez que la base de cotización por contingencias profesionales incluye las horas extraordinarias (artículo 109.2.g LGSS en relación con el artículo 13.1 del Decreto 1.646/1972, de 23 de junio).
- El porcentaje de la base reguladora que determina la cuantía del subsidio de it es en todo caso del 75 % (artículo 2.1 del Decreto 3.158/1966, de 23 de diciembre) y se abonará desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, siendo a cargo del empresario el salario del día de la baja (artículo 131 LGSS).
- En caso de que el accidente de trabajo haya sobrevenido a consecuencia de la infracción por parte del empresario de medidas de seguridad e higiene, las prestaciones se podrán incrementar de un 30 a un 50 %, recargo que recaerá sobre el empresario infractor, quien no podrá asegurar o transmitir dicha responsabilidad (artículo 123 LGSS).
- La asistencia sanitaria comprende la dispensación gratuita de medicamentos (artículo 107.1 del Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social).

Un importante sector de la doctrina ha venido criticando esta sobreprotección de las contingencias profesionales respecto de las comunes en base a considerar que la misma no está justificada y que resulta contraria a la Ley de Bases de Seguridad Social de 1.963. Respecto a lo primero, VIDA SORIA entiende que la relación causa-efecto del accidente y la situación de necesidad, la posibilidad de prevenir el accidente mismo, la posibilidad de la existencia de culpa de otra persona —general-

mente el empresario—, o el mismo acontecimiento del accidente, que se presta a un control del accidente y del fraude consiguiente en el mecanismo de protección, son singularidades que justifican especialidades en el tratamiento de los accidentes de trabajo, pero que en ningún caso justifican mejoras en el régimen jurídico de protección¹². Más categórico en su planteamiento es BERNARDO GONZALO, para quien el régimen de accidentes de trabajo y enfermedad profesional «consiste pura y simplemente en la conformación de excepciones y singularidades, en ocasiones bien contradictorias con el régimen común o general del sistema protector, basadas en razones que tan sólo la inercia histórica y la rutina permiten explicar. Constituye por consiguiente un régimen de privilegio por lo que se impone la conveniencia de integrar el seguro de accidentes con las demás instituciones protectoras a fin de ejercerlo conjuntamente con ellas»¹³.

En segundo lugar, tal como quedó dicho, la doctrina citada critica la pervivencia del concepto mismo de accidente de trabajo, así como del especial régimen de protección del mismo, por ser contrario a la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963 —que aún sirve de base al sistema actual—, la cual establecía el principio político-social de la «consideración conjunta de contingencias», en virtud del cual el centro de gravedad del sistema protector se desplaza desde el riesgo a la situación de necesidad. Es decir, lo que se pretendía, y que nunca llegó a aplicarse, era la desaparición de la noción de riesgos singulares (o diferenciación entre contingencias comunes y profesionales) y que se prestase mayor atención a la situación de infortunio o necesidad que el sistema de Seguridad Social debe proteger¹⁴.

Lo cierto es que, independientemente de las críticas, el régimen especial de protección de las contingencias profesionales continúa vigente y dotado de una enorme vitalidad que las instancias judiciales se encargan de alimentar. No parece que exista la prioridad de que sea modificado pese a los argumentos ya expuestos, pues ello supondría racionalizar el sistema (lo que de seguro se haría a través de la mengua de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales), así como dar un paso de gigante hacia la configuración asistencial de nuestro sistema

¹² J. VIDA SORIA. «Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de la Seguridad Social». *Cien años de Seguridad Social* (Ed. Fraternidad Muprespa y UNED, 2000, pág. 38.)

¹³ BERNARDO GONZALO y LOURDES LÓPEZ. «Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de la Seguridad Social». *Cien años de Seguridad Social* (Ed. Fraternidad Muprespa y UNED, 2000, pág. 132).

¹⁴ J. VIDA SORIA. *Op. cit.*, pág. 45. BERNARDO GONZALO y LOURDES LÓPEZ. *Op. cit.*, pág. 134.

mediante el desplazamiento del centro de gravedad desde la noción de riesgo hacia la de situación de necesidad, lo que, pese a venir exigido por el artículo 41 de la Constitución, no parece ser urgente en una época en la que el centro del debate se ha desplazado hacia la pervivencia futura del propio sistema. En definitiva, existe actualmente una gran sensibilidad hacia todos los temas que se relacionan con las prestaciones de Seguridad Social, por lo que no parece ser el momento idóneo para iniciar ningún tipo de racionalización del sistema.

Causas inmediatas

No se pretende en este estudio analizar en toda su extensión los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, puesto que ello excedería de las posibilidades de esta obra y porque además ya existe una amplia doctrina acerca de la materia a la que este estudio poco podría aportar. Lo que se pretende es, desde el punto de vista de la práctica forense, analizar las principales causas de los cambios de contingencia de la incapacidad temporal que se producen habitualmente. Ello supone pasar por alto la variada casuística existente sobre la materia¹⁵ y centrarnos en las que estadísticamente son las razones que con más reiteración generan litigios acerca de la contingencia de la que deriva la incapacidad temporal.

A tal efecto, las causas principales de los cambios de contingencia vienen dadas, en primer lugar, por la amplia relación de causalidad que el artículo 115.1 LGSS admite entre el accidente y el trabajo que se ejecute por cuenta ajena, y en segundo lugar no por los accidentes típicos, es decir, lo que consisten en un hecho súbito, externo y traumático que actúa sobre la salud del trabajador, sino por las enfermedades que pueden tener la consideración legal de accidentes. Así ocurre con las enfermedades que deriven del trabajo y que no estén catalogadas como

¹⁵ Aunque es difícil resistir la tentación de glosar algún caso especialmente llamativo, como el del sindicalista al que un petardo en una manifestación dañó gravemente la mano y que solicitó que la contingencia de la incapacidad temporal fuese la de accidente de trabajo en base al artículo 115.2.b) de la LGSS. La Sala de lo Social del TSJ de Asturias desestima tal petición en su sentencia de 6-9-02 (Rec. 2.875/2001) al entender que «es claro que dentro de las funciones representativas que corresponden a los miembros del Comité de Empresa (artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores) no se encuentra la de «tirar» petardos, ni en el centro de trabajo ni en las manifestaciones autorizadas en las que participe, ni ese hecho constituye una actividad sindical. Además de que la lesión sufrida por el demandante, hoy recurrente, no puede afirmarse que haya sido sufrida «con ocasión o por consecuencia del trabajo» que realiza por cuenta ajena, ni directamente del lícito ejercicio de manifestarse; su conducta, además de extralaboral, fue imprudentemente temeraria quedando así excluida la lesión de su conceptualización como laboral».

enfermedad profesional (artículo 115.2.e LGSS), las que el trabajador padeciera con anterioridad y que se vean agravadas por la lesión constitutiva del accidente (artículo 115.2.f LGSS) y las llamadas enfermedades intercurrentes, es decir, las que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente y las que el trabajador contraiga en el medio en que se haya situado para obtener su curación (artículo 115.2.g LGSS). Finalmente, también hay que citar como causante de un gran número de litigios acerca de la contingencia determinante de la it la presunción de laboralidad contenida en el artículo 115.3 LGSS, según la cual se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo.

La relación de causalidad

El artículo 115.1 LGSS define el accidente de trabajo como toda lesión corporal que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena. Por tanto, no es necesario que el trabajo haya sido la causa directa del accidente, sino que basta con que éste se haya producido con ocasión del mismo, es decir, actuando éste como causa indirecta o mediata del accidente, lo que amplía enormemente el concepto de accidente de trabajo, al contrario de otros sistemas, como el inglés, en que sólo se admite la causalidad directa e inmediata (*injuries arising out and in the course of employment*)¹⁶.

Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico el accidente de trabajo puede producirse por obra de un solo agente o, lo que quizá sea más frecuente, por la obra de varios agentes o factores. En el primer caso estamos ante un supuesto de causalidad exclusiva y en el segundo ante un supuesto de causalidad concurrente o concausalidad, que el legislador protege a través del nexo de ocasionalidad¹⁷, si bien conviene aclarar en este punto que la concausalidad o relación de ocasionalidad no es aplicable a los trabajadores por cuenta propia (Disposición Adicional 34.ª LGSS, en la redacción dada por el artículo 40.cuatro de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; artículo 31.4 del Decreto 2.123/1971, de 23 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, y artículo 41.2 del Decreto 2.864/1974, de 30 de

¹⁶ A. MARTÍN VALVERDE. «El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal». *Cien años de Seguridad Social* (Ed. Fraternidad Muprespa y UNED, 2000, pág. 230).

¹⁷ A. MARTÍN VALVERDE. *Op. cit.*, pág. 242.

agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido del Régimen Especial de Trabajadores del Mar).

Como fácilmente se podrá apreciar la concausalidad es causa frecuente de discrepancias acerca de la contingencia de la it, ya que es preciso determinar qué grado de causalidad ha tenido el desempeño del trabajo en la causación del accidente, habiéndose relajado enormemente la exigencia al respecto. Así, el TS ha dictado numerosas sentencias sobre la materia al analizar la conceptualización del infarto de miocardio como accidente de trabajo, declarando que aquél debe ser calificado como accidente laboral «siempre que de alguna manera concorra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, máxime tratándose de este tipo de lesión cuya etiología y causas determinantes de su apreciación no están científicamente establecidas, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y fallecimiento, excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación» (STS 29-9-86, RJ 1986/5.202).

De este modo, el TS ha extendido la calificación como accidente de trabajo a cualquier infarto sufrido durante la jornada y en el centro de trabajo, toda vez que considera que el mismo tiene una vinculación notable con las situaciones de esfuerzo, tensión y responsabilidad que, en mayor o menor medida, acompañan al trabajo de modo casi habitual¹⁸. Por tanto, no es necesario un esfuerzo violento o una tensión nerviosa insostenible para que el infarto sea calificado como accidente de trabajo, siendo incluso irrelevante que el trabajador presentara factores de riesgo para sufrir este tipo de dolencia¹⁹ o que se hayan producido episodios cardíacos anteriores²⁰. Ello ha llevado a ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA a afirmar que esta reiterada jurisprudencia del TS ha «debilitado en grado sumo la exigencia del suceso desencadenante —mucho más si éste se hace consistir en atención intelectual, preocupación por obtener un resultado, superación de dificultades, algo implícito en todo trabajo—», lo que va además unido a que ni del suceso desencadenante ni del trabajo en que ocurre se exige que sean condición esencial para la calificación del accidente, «bastando que presten su ocasión al desencadenamiento»²¹.

¹⁸ SSTS 10-11-87 (RJ 1987/7.842), 23-7-99 (RJ 1999/6.841) y 23-11-99 (RJ 1999/9.341).

¹⁹ SSTS 18-3-99 (RJ 1999/3.006) y 10-4-01 (RJ 2001/4.906).

²⁰ SSTS 15-2-96 (RJ 1996/1.022) y 23-11-99 (RJ 1999/9.341).

²¹ M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA. *Op. cit.*, pág. 61.

La enfermedad como accidente de trabajo

El concepto de accidente de trabajo abarca, tal como se ha dicho más arriba, no sólo el accidente típico, constituido por un acontecimiento súbito, traumático y externo, sino también las enfermedades causadas por el trabajo. Esta inclusión procede ya de la conocida sentencia del TS de 17 de junio de 1903, y actualmente está recogida en el artículo 115.2, letra e), de la LGSS. En base al referido precepto, tendrán la consideración de accidente de trabajo las enfermedades no incluidas en el artículo 116 LGSS que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo. Deben destacarse dos cuestiones en relación a este precepto, a saber, que la enfermedad será accidente de trabajo con carácter subsidiario, es decir, siempre que la misma derive del trabajo, pero no esté catalogada como enfermedad profesional según el Real Decreto 1.995/1978, de 12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social. En segundo lugar, tanto para la enfermedad conceptuada como accidente de trabajo como para el caso de que la misma esté catalogada como enfermedad profesional, no se admite la relación de concausalidad o de ocasionalidad entre trabajo y enfermedad, sino que aquél debe ser causa directa, exclusiva e inmediata de ésta²². Ello provoca lógicamente una litigiosidad muy inferior en la determinación de la contingencia de la it cuando ésta derive de enfermedades, ya se conceptúen como accidente de trabajo o como enfermedad profesional. La única excepción se da cuando se trate de enfermedades que se hayan manifestado en el lugar y durante el tiempo de trabajo, pues en ese caso opera plenamente la presunción del artículo 115.3 LGSS, la cual desplaza la exigencia de causalidad

²² Sentencia del TSJ del País Vasco de 25-3-03 (AS 2003/2.263), que en un caso de trastorno ansioso depresivo derivado de estrés laboral declara «que en los supuestos del artículo 115.2.e) no existirá dicha presunción, de modo que la calificación como accidente laboral de una de estas enfermedades depende de la prueba que articule quien reclama el reconocimiento de ese riesgo laboral, con la particularidad de que esa prueba no sólo debe alcanzar al nexo entre trabajo y lesión, sino, además, al carácter exclusivo del trabajo como causa determinante de la enfermedad». En el mismo sentido la sentencia del Juzgado de lo Social de Mieres de 13-5-03 (autos 553/03), que establece que «dentro de la noción amplísima de accidente de trabajo que formula el artículo 115.1 de la LGSS, se formula una excepción en el concreto caso de las enfermedades contraídas por razón del trabajo, para los que expresamente se demanda la demostración de que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo (artículo 115.2.e LGSS), con lo que nuestro ordenamiento ha querido que no se califiquen accidentes de trabajo las enfermedades en que el puesto laboral sea uno de los varios elementos que han contribuido a causarlas».

directa y exclusiva del apartado e) del artículo 115.2 del mismo Texto Legal²³.

Las dolencias anteriores agravadas por el accidente

Este supuesto está contemplado en el artículo 115.2, letra f), LGSS. Se trata también de una enfermedad asimilada legalmente a un accidente, con la circunstancia adicional de que ni siquiera está provocada por el trabajo, sino que la misma era anterior al accidente pero se ha visto agravada por éste, por lo que el legislador la asimila al accidente de trabajo²⁴.

Esta es una de las causas más habituales de los cambios de contingencia de la it, toda vez que se trata de dolencias de origen común y el problema se centra en determinar hasta qué punto el accidente ha agravado el alcance de las mismas. La casuística sobre la materia es tan numerosa y variada que resulta imposible de abarcar. Baste aquí decir como regla general que el elemento determinante para la calificación de este tipo de enfermedades como accidente de trabajo es que antes del accidente se trataba de dolencias que, conocidas o no, no determinaban una incapacidad para el trabajo, apareciendo ésta con posterioridad al accidente²⁵.

Ello nos llevaría a otro problema subyacente, e incluso confesado alguna vez ante los órganos judiciales, cual es el rigor con que se controlan médicamente las situaciones de it, pues puede tratarse de dolencias que no determinaban una incapacidad para el trabajo ni antes ni después del accidente, pero que permiten prolongar la permanencia (quizá de modo injustificado) en la situación de it derivada del accidente mismo una vez que las consecuencias directas de éste han desaparecido. Pero el análisis en profundidad de esta problemática nos llevaría a una discusión demasiado compleja para ser abarcada en este trabajo, puesto que abarca múltiples problemas enredados entre sí, cuales son la delimitación de las competencias de control de la it, los medios con que se cuenta para llevarlo a cabo, las listas de espera de la sanidad, etc., por lo que se deja apuntada la reflexión sin mayores pretensiones.

²³ STS 23-11-99 (RJ 1999/9.341).

²⁴ A. MARTÍN VALVERDE. *Op. cit.*, pág. 223.

²⁵ «Aunque el trabajador hubiera tenido una intervención de hernia discal L5-S1 en el año 1996, lo cierto es que, hasta el accidente de trabajo de 2001, no consta que hubiese estado en situación de incapacidad temporal por esta causa». S. Juzgado de lo Social número 3 de Oviedo de 2-4-03 (Autos 243/2003). En este mismo sentido también las SS del TSJ de Andalucía-Málaga de 27-4-01 (AS 2001/2.628), del TSJ de Cataluña de 16-10-01 (AS 2002/41) y del TSJ de Aragón de 21-1-02 (AS 2002/1.036), entre muchas otras.

La enfermedad intercurrente

Viene definida por el artículo 115.2.g) LGSS como enfermedades que constituyen complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o que tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación y que modifiquen las consecuencias del accidente en su naturaleza, duración, gravedad o terminación. Al igual que en el caso anterior, se trata de enfermedades de origen común que el legislador asimila al accidente de trabajo. Ello se debe a que en el ordenamiento jurídico español la lesión que produce o en que consiste el accidente de trabajo es entendida en ocasiones no sólo como el suceso —hecho, acto, fenómeno biológico— que da origen a un daño corporal, sino también como el resultado de la evolución o desarrollo del proceso patológico mismo generado por dicho suceso o acontecimiento lesivo²⁶. «En general, si un trauma (calificable como accidente) desencadenara una enfermedad, tal enfermedad es accidente y lo mismo puede decirse si el episodio inicial es una enfermedad que a su vez sea calificada como accidente (bien dos enfermedades distintas consecutivas, bien un nuevo episodio de la misma enfermedad). Pero debe haber relación causal entre el accidente (o enfermedad) inicial y la intercurrente»²⁷. En este sentido, la sentencia del TSJ de Asturias de 23 de mayo de 2003 (Rec. número 2.378/2002) analiza el caso de un vigilante jurado-conductor que sufrió en 1994 un accidente de tráfico que tuvo la consideración de accidente de trabajo y que en 2000 inició un proceso de it por enfermedad común con el diagnóstico de síndrome de estrés postraumático con sintomatología ansioso depresiva. La referida sentencia concluye, de acuerdo con la resolución del INSS, que la it no puede considerarse derivada de accidente de trabajo, pues «es un dato revelador el hecho de que, tal como consta en el apartado sexto del relato fáctico, el trabajador acudió por primera vez al centro de salud mental en el mes de noviembre de 2000 mientras que como queda dicho el accidente tuvo lugar en el año 1994, por lo que no es posible concluir que la aparición del cuadro depresivo tuviera lugar durante el tratamiento a que fue sometido, puesto que fue dado de alta del accidente dos meses después constando en el informe médico del folio 102, ratificado en el acto del juicio por el médico que lo atendió durante la incapacidad temporal, que no precisó en momento alguno tratamiento psicológico ni psiquiátrico porque no presentaba patología que requiriera entonces

²⁶ A. MARTÍN VALVERDE. *Op. cit.*, pág. 234.

²⁷ M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA. *Op. cit.*, pág. 62.

atención especializada, ni a lo largo de años posteriores acudió a recibir asistencia médica por el cuadro depresivo que ahora se le ha diagnosticado, pues si bien es cierto que en el informe de síntesis se dice que ha habido varios episodios de incapacidad temporal desde aquella fecha también lo es que el demandante no aporta prueba alguna de que se debieran al alegado estrés postraumático, por tanto no cabe reputar su manifestación actual como una consecuencia del accidente por lógica deducción del desarrollo fáctico reseñado de ahí que no resulte aplicable al caso el artículo 115.2.g) LGSS, que considera accidentes de trabajo aquellas complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente».

Esta es una causa menos habitual que la anterior de litigios sobre cambio de contingencia, pero la problemática es la misma, esto es, la determinación de hasta qué punto el accidente de trabajo ha sido la causa de la enfermedad que aparece con posterioridad o si ésta está totalmente desvinculada de aquélla. La determinación de dicha relación de causalidad es una cuestión más médica que jurídica y la casuística es inabarcable, por lo que no nos vamos a extender más sobre este punto, que también se ve afectado por la problemática del control médico de la it y de la posible prolongación indebida de las bajas por accidente de trabajo cuando las consecuencias de éste ya han cesado.

La presunción de laboralidad

Viene establecida en el artículo 115.3 LGSS, el cual establece que se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo. Esta presunción *iuris tantum* es de fecha reciente, pues no fue incorporada legalmente hasta la LSS de 1966 en su artículo 84, si bien había sido formulada anteriormente por la jurisprudencia del TS²⁸, y cuando el accidente no es tal propiamente, sino que se trata de una enfermedad manifestada durante el tiempo y en el lugar de trabajo, es probablemente la principal causa de litigiosidad acerca del cambio de contingencia de la it.

Para desvirtuar la referida presunción es necesario que se trate de una enfermedad que no sea susceptible de ser provocada por el trabajo²⁹,

²⁸ A. MARTÍN VALVERDE. *Op. cit.*, pág. 224.

²⁹ En relación a un conductor que se sintió indispuerto en el trabajo por sufrir mareos provocados por una artrosis cervical, el Juzgado de lo Social número 5 de Oviedo concluye que la pretensión de considerar el proceso de it como derivado de accidente de trabajo «no puede tener acogida, pues es cierto que los mareos del actor se manifestaron en tiempo y

o que hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta falta de carencia de relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad que determina el proceso de it. Así lo ha manifestado reiteradamente el TS en relación a la cardiopatía isquémica que se manifiesta en forma de angina (SS. 18-6-97 y 23-7-99; RJ 1997/4.762 y 1999/6.841 respectivamente) o de infarto de miocardio (SS. 27-12-95 y 15-2-96; RJ 1995/9.846 y RJ 1996/1.022 respectivamente), y en relación a la hemorragia cerebral (S. 18-12-96; RJ 1996/9.727), por citar los tres procesos patológicos más frecuentes a este respecto.

Por tanto, la presunción de laboralidad ha sido tan reforzada por la jurisprudencia del TS que puede decirse que incluso en los casos en que no sea posible la determinación de la causa de la enfermedad, si ésta se manifiesta durante la jornada y en el centro de trabajo, debe reputarse como accidente de trabajo.

Tercera parte: Las nuevas causas de cambio de contingencia de la incapacidad temporal

El mobbing

Existen numerosas definiciones acerca del fenómeno descrito por este anglicismo³⁰, pero todas ellas coinciden en que se trata de una serie de acciones o prácticas hostiles hacia un trabajador provocadas por alguien que ostenta una posición asimétrica de poder en relación al mismo y que se prolongan en el tiempo de forma sistemática con el fin de eliminar al trabajador hostigado de la organización laboral. MOLINA NAVARRETE ha definido jurídicamente el mobbing como toda aquella situación de conflicto interpersonal o grupal en la que, como medio para poner fin al mismo, una persona o un grupo de personas deciden, formal o informalmente, expresa o tácitamente, ejercer sobre otra persona, prevaliéndose de cualesquiera relación de poder asimétrico instaurada en el lugar de trabajo, una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (al menos una vez por semana), durante un tiempo prolongado (más de seis meses), con el fin de conseguir su estigmatiza-

lugar de trabajo los días 27 de noviembre y 20 de diciembre de 2001; pero también está acreditado que el actor presentaba patología degenerativa de carácter común, no estando acreditado que el trabajo que venía realizando el actor actuara como causa desencadenante, resultando ser que el hecho de que una enfermedad común se revele o manifieste en tiempo de trabajo no la convierte sin más en un accidente de trabajo» (S. 21-3-03, autos 129/03).

³⁰ En castellano se emplea la denominación «acoso moral» u «hostigamiento moral», aunque también se ha utilizado, entre otros nombres, el de «psicoterror».

ción o aislamiento respecto del grupo, haciéndole perder su autoestima personal y su reputación profesional, bien para ensayar las ventajas competitivas de un estilo autoritario de gestión afirmando su poder, bien para provocar su dimisión mediante una fórmula alternativa que cree la apariencia de autoexclusión³¹. Como declara la sentencia del TSJ del País Vasco de 30-4-02 (AS 2002/2.411) «para que se pueda aludir al denominado recientemente como mobbing es necesario que el empresario: a) no cumple los principios de la buena fe; b) que su conducta sea degradante; c) que la misma contenga una violencia psicológica, entendiéndola como una actuación prepotente, continuada y reiterativa. En definitiva que el empresario abandone por completo sus obligaciones contractuales en perjuicio del trabajador y que, abusando del principio de jerarquía o dirección, convierta *el irus variandi* en una especie de *iter criminis* para decidir sobre los derechos de la personalidad».

Nuestro ordenamiento jurídico-laboral no contempla esta práctica de un modo expreso, salvo cuando tenga su origen en una conducta discriminatoria, en cuyo caso el artículo 28.1.d) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, define el acoso como toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

Según los estudios sobre la materia el acoso moral es más frecuente sobre los trabajadores con contratos temporales, si bien la Administración pública, con su rígido sistema disciplinario y de contratación, se ha convertido en caldo de cultivo de este tipo de prácticas como indeseable alternativa al despido.

Este fenómeno puede y debe ser combatido en el ámbito del ordenamiento jurídico-laboral. Por supuesto, cuando sea ejercido por el empresario, se considera una práctica atentatoria contra la dignidad del trabajador (artículo 4.2.e del Estatuto de los Trabajadores) que puede dar lugar a la imposición de una sanción por infracción grave o muy grave conforme al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (artículos 7.10.º y 8.11.º).

Cuando el acoso moral sea ejercido por los compañeros de trabajo la cuestión es más difícil, pues no está contemplado en nuestra norma-

³¹ C. MOLINA NAVARRETE. «La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización». *Aranzadi Social*, n.º 18/2001.

tiva como una infracción del orden social. Por ello, la doctrina³² se ha inclinado por tratarlo como un riesgo profesional en el marco de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la cual efectivamente impone al empresario el deber de proteger a los trabajadores frente a cualesquiera riesgos profesionales (arts. 14 y 15), entendiendo por riesgo profesional la posibilidad de que el trabajador sufra un daño derivado del trabajo, es decir, una enfermedad, patología o lesión sufridas con motivo u ocasión del trabajo (artículo 4.2.º y 3.º del mismo Texto Legal). El incumplimiento de este deber de protección de la salud del trabajador frente a los daños que pueda sufrir con motivo o con ocasión del trabajo puede ser sancionado con arreglo al artículo 12.1.º y 16.º de la LISOS, aparte de la responsabilidad indemnizatoria o resarcitoria del empresario frente al trabajador por los daños que el acoso moral le haya podido ocasionar. A este respecto señala MOLINA NAVARRETE que el mobbing es un problema de salud laboral emergente que debe ser objeto de prevención como un riesgo profesional. No obstante, continúa el mismo autor, la LPRL no contempla expresamente este fenómeno, lo que, sin impedir la posibilidad de una respuesta adecuada en el plano jurídico, ciertamente sí la dificulta. Ahora bien, esta respuesta sigue incidiendo en la responsabilidad del empresario incluso en los casos en que el acoso proviene de los compañeros de trabajo, lo cual puede llevar esa carga de responsabilidad mucho más allá de lo que sería deseable o exigible conforme a la diligencia de un padre de familia (artículo 1.903 del Código Civil), no sólo porque hacemos al empresario responsable de los actos de sus trabajadores prácticamente en todo caso, sino porque además le estamos exigiendo que prevenga no sólo los riesgos laborales objetivos, esto es, aquellos que derivan de condiciones ambientales del puesto de trabajo y que afectarían por igual a cualquier trabajador que desempeñase dicho puesto, sino también los riesgos subjetivos, es decir, aquellos que provienen de las personas que desempeñan el trabajo y que desde luego no van a afectar a todos los trabajadores por igual porque su perfil psicológico nunca puede ser el mismo.

En el aspecto que es objeto del presente estudio el mobbing puede provocar graves enfermedades psiquiátricas, fundamentalmente ansiedad y depresión, las cuales pueden cursar con múltiples y diversas somatizaciones (cefalea tensiva, dolor de espalda, problemas gástricos, etc., etc.). Si en nuestro ordenamiento jurídico laboral la agresión física por parte de un compañero de trabajo o del empresario puede ser califi-

³² C. MOLINA NAVARRETE. *Op. cit.*

cada como accidente de trabajo³³, no hay por qué excluir de esa calificación la agresión psicológica. Es posible por tanto que un proceso de it causado por dichas enfermedades sea calificado como derivado de accidente de trabajo, pero debe tenerse en cuenta que, al no estar catalogadas como enfermedad profesional, serán incardinadas en el artículo 115.2.e) LGSS, es decir, que debe probarse que derivan de forma directa, inmediata y exclusiva del trabajo. Solamente cuando dichas patologías se hayan manifestado durante el tiempo y en el lugar de trabajo (una crisis de ansiedad por ej.) podrán beneficiarse de la presunción de laboralidad del artículo 115.3 LGSS.

En nuestra práctica jurisprudencial ya se han dado casos de acoso moral que han sido calificados como accidente de trabajo, como las sentencias del TSJ de Navarra de 30 de abril, 18 de mayo y 15 de junio de 2001 (AS 2001/1.878, AS 2001/1.821 y JUR 2001/230916, respectivamente). Señalan estas sentencias que «remitida la trabajadora a la consulta de salud mental fue diagnosticada desde el primer momento como de reacción mixta ansiedad-depresión, al tratarse de un supuesto de mobbing, caracterizado, como con todo acierto expone la magistrado de instancia, por ser una forma de acoso en el trabajo en el que una persona o un grupo de personas se comportan abusivamente con palabras, gestos o de otro modo que atentan a los empleados con la consiguiente degradación del clima laboral... La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto contemplado en la presente litis, lleva a la conclusión de esta Sala que la enfermedad padecida por la trabajadora deviene como consecuencia del trabajo, cuya conducta del conserje ha generado un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado, no sólo sentido como tal por la actora, con menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra que atenten a su dignidad personal, y es constitutiva de accidente de trabajo, resultando claro y evidente que existe un nexo causal entre la situación laboral y el síndrome psíquico que padece».

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Albacete de 13 de diciembre de 2002 (AS 2003/23) que señala que «discute, tanto el INSS como la Mutua, que la contingencia es común sin embargo de lo expuesto y de la pericial articulada por ambas partes, la actora y la Mutua, ha quedado acreditado que la actora no tenía ningún tipo de depresión posparto, ni ninguna tendencia depresiva anterior sino que el cuadro de cefaleas, ansiedad e insomnio

³³ «La agresión meramente padecida por el accidentado proveniente de un compañero de trabajo, si no procede de resentimientos personales ajenos al trabajo mismo, es accidente de trabajo». M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA. *Op. cit.*, pág. 84.

que presentaba era fruto de lo que se denomina mobbing o acoso, en español, lo que constituye un accidente de trabajo dado que el cuadro de depresión situacional no existía antes y sólo comenzó a producirse después de la persecución indigna de que fue objeto tras su vuelta al trabajo después de ser madre».

En cambio, la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Oviedo de 11 de noviembre de 2003 (autos 600/2003) deniega la consideración de accidente de trabajo de un proceso de incapacidad temporal por depresión pretendidamente derivada de una situación de acoso moral en el trabajo, al entender que «no consta que el origen de su dolencia esté en la actitud hostil de sus superiores ni en un trato discriminatorio... Tratándose de enfermedad contraída por el trabajador en el desempeño de su ocupación laboral ha de acreditarse, en todo caso, la exclusiva causalidad del trabajo desarrollado en la aparición de la patología, física o psíquica, detectada, según así lo establece el artículo 11 5.2.e) de la LSS».

Igualmente las sentencias del TSJ de Navarra de 23 y 24 de diciembre de 2002 (AS 2003/679 y 681 respectivamente) deniegan la calificación de la it como derivada de accidente de trabajo por considerar que no es asimilable al acoso u hostigamiento moral la mera conflictividad laboral o las desavenencias personales en el trabajo.

El acoso sexual

Aunque el acoso sexual es uno de los comportamientos que pueden emplearse para llevar a cabo un acoso moral o mobbing, dicho comportamiento es de por sí lo suficientemente grave como para tener entidad propia y separada y, de hecho, a diferencia del acoso moral, ha sido tipificado ya en nuestro ordenamiento jurídico como un comportamiento jurídicamente reprochable, tanto a nivel laboral como penal.

El acoso sexual se define por el artículo 184 del Código Penal como la solicitud de favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaleciendo de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación. Por tanto, como puede verse, el acoso sexual atenta contra el derecho a la intimidad, al que pertenece una esfera tan personalísima como es la sexualidad (artículo 18.1 de la Constitución), y contra el derecho a no ser discriminado por razón de sexo (artículo 14 de la Carta Magna).

Sin embargo, el concepto de acoso sexual que debemos manejar a nivel laboral es más amplio, para lo que podríamos tomar la definición

dada por el Tribunal Constitucional. En este sentido, el TC, en su sentencia número 224/1999, de 13 de diciembre (RTC 1999/224), define el acoso sexual como un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador. El TC considera que para que exista un acoso sexual ambientalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado en actos gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado o indeseable por su víctima o destinataria, y que finalmente sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto.

En el ámbito jurídico laboral la lucha contra el acoso sexual se efectuará por la vía del artículo 4.2.e) ET en relación con el artículo 8.13.º de la LISOS.

Respecto a la protección social, el acoso sexual puede tener las mismas consecuencias para la salud del trabajador que el mobbing, por lo que todas las consideraciones vertidas respecto a su protección como accidente de trabajo son válidas ahora. Ya se han pronunciado a favor de considerar supuestos de it causados por cuadros de ansiedad-depresión derivados de acoso sexual como accidente de trabajo la sentencia del TSJ de Galicia de 24 de enero de 2000 (AS 2000/60), la sentencia del TSJ de Extremadura de 17-3-03 (JUR 2003/187859) y la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Oviedo de 4 de diciembre de 2002 (autos 1.200/02). Esta última analizaba un caso en el que el gerente de una empresa había colocado cámaras de vídeo en los baños de mujeres para grabar a las trabajadoras, concluyendo el Juzgado en contra de la resolución del INSS que la it era derivada de accidente de trabajo. Razonaba el Juzgado que «en el caso enjuiciado resultando de los hechos declarados probados que la actora tras el descubrimiento de las cámaras, de que el autor de los hechos era el gerente y de que éste no obstante sus reivindicaciones continuaba al frente de la empresa, inicia un proceso de baja por depresión, una vez reincorporada después de un período de huelga, momento que coincide por primera vez con él en el centro de trabajo tras las movilizaciones para conseguir su desvinculación de la empresa, la demanda ha de ser estimada, 1.º porque la dolencia existe y es motivadora de una baja, 2.º porque la actora no tiene antecedentes psiquiátricos, 3.º porque la sintomatología ansiosa se desencadena por el conflicto laboral —sea el descubrimiento de las cámaras o sea el encuentro con el gerente dos meses después de aquello pero inevitablemente relacionado con este hecho— y 4.º porque es precisamente las circunstancias de que sean las siete afectadas por el conflicto

las que causen baja con el mismo diagnóstico lo que confirma el origen profesional de la misma. En consecuencia, entendiendo que la enfermedad padecida por la trabajadora deviene como consecuencia del trabajo, pues se ha generado como consecuencia de una conducta del gerente indeseada, irrazonable y ofensiva para ella, y es constitutiva de accidente de trabajo, resultando claro y evidente que existe un nexo causal entre la situación laboral y el trastorno psíquico padecido, la demanda ha de ser estimada».

El Burn Out

También llamado «síndrome del quemado», se trata de un desgaste psicológico que aparece fundamentalmente en profesionales que deben tratar con personas (profesores, profesionales de la sanidad, vendedores, policías, etc.), que va provocando un estado de fatiga crónica que acaba desembocando en cuadros de ansiedad, angustia o depresión³⁴. Ha sido definido como la fase más avanzada de las situaciones de estrés profesional y hoy en día se estudia como un riesgo psicosocial en el ámbito de la prevención de riesgos laborales³⁵.

Se trata por tanto de un desgaste que procede de la percepción subjetiva del trabajador respecto de las exigencias de su trabajo, por lo que su prevención es mucho más difícil si cabe que en el acoso moral o sexual. Ello asimismo provoca que, tratándose de una enfermedad inordinada en el artículo 115.2.e) LGSS, la prueba de la relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva de este síndrome con el desempeño del trabajo sea mucho más difícil al no existir un desencadenante externo como en el acoso moral o sexual, por lo que, salvo cuando sea aplicable la presunción de laboralidad del artículo 115.3 LGSS o se trate de un cuadro típicamente definido, la calificación de la it como derivada de accidente de trabajo será muy difícil. No obstante, ya se ha dado algún caso, como el recogido en la sentencia del TSJ del País Vasco de 2 de noviembre de 1999 (AS 1999/4.212), en la que se señala que «el inatacado relato de hechos probados señala que el trabajador posee una personalidad perfeccionista y obsesiva, lo cual no constituye una enfermedad, pero ésta ha surgido al estar el demandante en contacto con personas con las que trabaja, cuyas mermas psíquicas han originado en aquél un desgaste anímico determinante de la incapacidad temporal.

³⁴ I. ALVAREZ SACRISTÁN. «Tratamiento jurídico de los daños morales causados por los accidentes de trabajo». *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 567/02.

³⁵ Manual para la formación de técnicos de prevención de riesgos laborales. VV. AA. Ed. Lex Nova. 2002. pág. 997.

Por lo tanto, se ha acreditado la naturaleza del padecimiento y su conexión directa y exclusiva con la prestación laboral, por lo que resulta clara la aplicación de los preceptos citados y la consideración de la incapacidad temporal como accidente laboral, con la consiguiente responsabilidad de la mutua recurrente».

Conclusión

Como se ha visto, la discusión sobre el cambio de contingencia de la incapacidad temporal ofrece una nueva perspectiva de la problemática intrínseca al accidente de trabajo. Se han citado en este estudio opiniones muy autorizadas que abogan por atajar dicha problemática a través de la desaparición de la diferenciación entre contingencias comunes y profesionales a la hora de otorgar la protección del sistema de Seguridad Social frente a las situaciones de necesidad que puedan plantearse. Tal como ya se ha dicho, ello supondría dar un paso de gigante hacia la asistencialización del sistema, desplazando definitivamente el centro de gravedad desde el riesgo hacia la necesidad protegida. En todo caso, aunque no desaparezca, tampoco parece recomendable que se amplíe más el concepto de accidente de trabajo, pues puede observarse una tendencia enorme de los Tribunales Superiores de Justicia y de los Juzgados de lo Social a aplicar la regla de la concausalidad y a acudir a la inversión de la carga de la prueba que supone la presunción de laboralidad del artículo 115.3 LGSS con el fin de eludir la dificultad que supone probar la causalidad directa, inmediata y exclusiva en los casos de enfermedad-accidente, especialmente en relación a los nuevos riesgos psicosociales. La relación de concausalidad o de ocasionalidad está establecida en el artículo 115.1 LGSS y ha sido aplicada por el TS exclusivamente para los casos de accidente típico, no para los casos de enfermedad-accidente del artículo 115.2.e), entre los que cabe englobar las diferentes patologías psiquiátricas que los nuevos riesgos psicosociales pueden provocar. Asimismo, la extensiva aplicación de la presunción de laboralidad lleva a elevar a ésta casi a la categoría de presunción *iuris et de iure*, cuando no es ese el objetivo querido por el legislador. Por tanto, y a modo de conclusión, quizá no sea el momento más oportuno para plantear la discusión acerca de la desaparición de la distinción entre contingencias comunes y profesionales, pero desde luego tampoco debemos caer en el extremo opuesto, es decir, en seguir ampliando infinitamente el concepto de accidente de trabajo.

RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LEY CONCURSAL: SINOPSIS, TEXTOS LEGALES Y CUESTIONES¹

Ricardo de Angel Yáguiez

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Deusto. Bilbao, España

Sumario: I. Motivos y artículos de la Ley Concursal directamente atinentes a responsabilidad civil. II. Los tres tipos de responsabilidad civil que se hallan en la Ley Concursal: (1) responsabilidad de la administración concursal, (2) responsabilidad de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices y (3) responsabilidad «societaria» y «concursal» de los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, de una persona jurídica. III. Responsabilidad de la administración concursal (artículo 36). IV. Responsabilidad de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices (artículo 172.2.3.^o). V. Responsabilidad «societaria» y «concursal» de los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, de una persona jurídica (artículos 48.2, 164.1 y 172.3). A) Cuestiones previas y de carácter general. B) Responsabilidad «societaria». Primero: la «acción social» de responsabilidad. Segundo: la «acción individual» de responsabilidad. Tercero: la responsabilidad-sanción por no disolución. C) Responsabilidad «concursal»: la llamada, en forma gráfica y metafórica (no rigurosa), «de suplemento de la masa activa». VI. La medida cautelar del artículo 48.3.

I. Motivos y artículos de la Ley Concursal directamente atinentes a responsabilidad civil

A) En el apartado IV de la Exposición de motivos de la Ley Concursal (LC), y en relación con la responsabilidad de la administración concursal (párrafo decimoprimer), se lee:

«Se regula el régimen de responsabilidad de los administradores frente al deudor y a los acreedores y el de su separación por justa causa».

El apartado VIII de la misma Exposición de motivos, en sus párrafos primero, segundo, tercero, cuarto y sexto, que se refieren a la responsabilidad de los administradores, dice:

¹ Este texto es desarrollo de la ponencia expuesta por el autor en el VI Congreso Nacional de responsabilidad civil, Gijón, 10-12 de junio de 2004.

«Una de las materias en las que la reforma ha sido más profunda es la de calificación del concurso. La ley limita la formación de la sección de calificación a supuestos muy concretos: la aprobación de un convenio que, por la cuantía de la quita o la duración de la espera, resulte especialmente gravoso para los acreedores, y la apertura de la liquidación.

En estos supuestos, el concurso se calificará como fortuito o como culpable. La última calificación se reserva a aquellos casos en los que en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor, o de sus representantes legales, administradores o liquidadores.

La ley formula el criterio general de calificación del concurso como culpable y a continuación enuncia una serie de supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza, y otra de supuestos que, salvo prueba en contrario, son presuntivos de dolo o culpa grave, por constituir incumplimiento de determinadas obligaciones legales relativas al concurso.

Si el preceptivo informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal coincidieran en la calificación del concurso como fortuito, se archivarán las actuaciones sin más trámites. En otro caso, la calificación como culpable se decidirá tras un contradictorio, en el que serán partes el Ministerio Fiscal, la administración concursal, el deudor y todas las personas que pudieran resultar afectadas por la calificación. La oposición se sustanciará por los trámites del incidente concursal. La sentencia que califique el concurso como culpable habrá de determinar las personas afectadas y, en su caso, las declaradas cómplices; impondrá a todas aquéllas la inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona, sanción que será temporal, durante un período de dos a 15 años; les impondrá, asimismo, la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes y derechos que indebidamente hubieren obtenido del deudor o recibido de la masa activa, más la de indemnizar los daños y perjuicios causados.

...

Los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. La ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia».

B) Por lo que respecta al articulado, procede la cita de los siguientes preceptos:

1. Sobre responsabilidad de los administradores concursales y del auxiliar delegado.

«Artículo 36. Responsabilidad.

1. *Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia.*

2. *Será solidaria la responsabilidad derivada del ejercicio mancomunado o colegiado de competencias, quedando exonerado en este último caso el administrador concursal que pruebe que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél.*

3. *Los administradores concursales responderán solidariamente con los auxiliares delegados de los actos y omisiones lesivos de éstos, salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.*

4. *La acción de responsabilidad se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido del concurso.*

5. *La acción de responsabilidad prescribirá a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo.*

6. *Si la sentencia contuviera condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa tendrá derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado.*

7. *Quedan a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquéllos».*

2. Sobre responsabilidad de los administradores y liquidadores de la sociedad.

«Artículo 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica.

...

2. *Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios.*

Corresponderá al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior.

La formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado.

3. Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.

...».

3. Sobre responsabilidad «concursal» de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.

«Artículo 164. Concurso culpable.

1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.

...».

«Artículo 172. Sentencia de calificación.

1. La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación.

2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:

1.º La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición.

2.º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.

3.º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

3. Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación».

Por otro lado, deben ser citadas la disposición final vigésima, apartados 2, 3, 4, 5 y 6, y la vigésima primera, apartados 3 y 4:

«Disposición final vigésima. Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas.

El texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, queda modificado en los términos siguientes:

...

2. El apartado 2 del artículo 260 queda redactado de la forma siguiente:

Véase apartado V. B., Tercero, de esta sinopsis.

4. El apartado 2 del artículo 262 pasa a tener la siguiente redacción:

Idem.

5. El apartado 4 del artículo 262 tendrá la siguiente redacción:

Idem.

6. El apartado 5 del artículo 262 tendrá la siguiente redacción:

Idem.

«Disposición final vigésima primera. Reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

La Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, queda modificada en los términos siguientes:

...

3. El apartado 2 del artículo 104 queda redactado de la forma siguiente:

Idem.

4. Los apartados 1 y 5 del artículo 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada quedan redactados de la forma siguiente:

Idem.

II. Los tres tipos de responsabilidad civil que se hallan en la Ley Concursal: Responsabilidad de la administración concursal, responsabilidad de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices y responsabilidad «concursal» de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de una persona jurídica

- La Ley establece los tres regímenes de responsabilidad que se citan en el epígrafe.
- Desde luego, sin perjuicio de la responsabilidad civil derivada de delito (artículo 109 del Código penal, en relación con los artículos 257 a 261 del mismo Código). A efectos de esto último, téngase presente la nueva redacción de los artículos 259, 260 y 261 CP, según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre; estos artículos entraron en vigor el 1 de setiembre 2004, como la Ley Concursal. Y en su caso, en relación con los artículos 290 a 297 CP («delitos societarios»).
- Remisión a los siguientes apartados III, IV y V.

III. Responsabilidad de la administración concursal y del auxiliar delegado

A) La nueva figura de la administración concursal.

a) Menciones de interés en la Exposición de motivos de la Ley Concursal:

(Apartado IV, párrafos primero, segundo, octavo, noveno, décimo, decimoprimer, decimosegundo, decimotercero, decimocuarto y decimoquinto).

b) Regulación específica:

—Título II de la Ley, artículos 26 a 39.

—Disposición final trigésima cuarta, en relación con la trigésima quinta.

c) Junto con el juez, único órgano *necesario* en el procedimiento concursal (Exposición de motivos, IV, párrafo primero).

Combina la profesionalidad con la presencia de un acreedor (Exposición de motivos, IV, párrafo octavo).

B) El análisis de las reglas de responsabilidad de la administración concursal requiere la previa toma en consideración de los siguientes extremos, cuando menos: funciones de la administración concursal, su funcionamiento y la figura de los auxiliares delegados.

A continuación se resumen estos extremos:

B.1) Funciones de la administración concursal.

1. Menciones de la Exposición de motivos y en el conjunto de la Ley:

La Exposición de motivos de la Ley dice:

—Apartado IV, párrafo noveno, inciso primero:

«A la administración concursal se encomiendan funciones muy importantes...»

—Apartado IV, párrafo duodécimo:

«Son funciones esenciales de este órgano las de intervenir los actos realizados por el deudor en ejercicio de sus facultades patrimoniales o sustituir al deudor cuando haya sido suspendido en ese ejercicio, así como la de redactar el informe de la administración concursal al que habrán de unirse el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, la evaluación de las propuestas de convenio presentadas.»

Por otro lado, del conjunto de la Ley se desprende que a la administración concursal corresponden funciones de gestión y de emisión de informes.

2. Gestión.

a) Consecuencia de los efectos de la declaración de concurso sobre las «facultades patrimoniales del deudor» (artículo 40, apartados 1, 2 y 3).

—«Conservación» y «suspensión», que conducen respectivamente a «intervención» y «sustitución».

—Las competencias de «gestión» serán, entre otras: a) Las resultantes de los artículos 40 a 48, en cuanto regulan los efectos de la declaración de concurso; b) Las de los artículos 49 a 60, en lo que se refiere a la posición de los acreedores; c) Las de los artículos 61 a 70, sobre los contratos bilaterales pendientes de ejecución; d) Las propias de la sección tercera, determinación de la masa activa; e) Las de la sección cuarta, determinación de la masa pasiva; f) Las muy abundantes de las fases de convenio o de liquidación; g) Algunas en la sección sexta, calificación del concurso.

b) Consecuencia de la continuación o no del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor (artículo 44, apartados 1, 2 y 3).

c) La figura del «experto independiente» del artículo 83:

«Artículo 83. Asesoramiento de expertos independientes.

1. Si la administración concursal considera necesario el asesoramiento de expertos independientes para la estimación de los valores de

bienes y derechos o de la viabilidad de las acciones a que se refiere el artículo anterior, propondrá al Juez su nombramiento y los términos del encargo. Contra la decisión del Juez no cabrá recurso alguno.

2. Los informes emitidos por los expertos y el detalle de los honorarios devengados con cargo a la masa se unirán al inventario.»

3. Informes.

a) Los informes más significativos de la administración concursal:

a.1) El informe del artículo 75, que se presentará en el plazo de dos meses a partir de la fecha en la que se produzca la aceptación de dos de los administradores, con el siguiente contenido:

«1. El informe de la administración concursal contendrá:

1.º Análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria a que se refiere el número 2.º del apartado 2 del artículo 6.

2.º Estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria a que se refiere el apartado 3 del artículo 6.

Si el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, serán formuladas por la administración concursal, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste le facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días.

3.º Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal.

2. Al informe se unirán los documentos siguientes:

1.º Inventario de la masa activa.

2.º Lista de acreedores.

3.º En su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado.

3. El informe concluirá con la exposición motivada de los administradores concursales acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso.»

a.2) El informe dentro de la calificación del concurso: artículo 169.1.

«1. Dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución.

Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores».

b) Preceptos en los que se mencionan otros informes de la administración concursal: artículos 25, 34, 35, 64, 96, 149, 152 y 176.

B.2) Funcionamiento de la administración concursal.

1. *Naturaleza jurídica de la condición de administrador.*
2. *Canon o regla de diligencia: la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal (artículo 35.1).*
3. *Caso de inexistencia de mayoría (artículo 35.2).*
4. *Atribución de competencias específicas o individualizadas (apartados 2 y 3): cuestiones jurídicas y cuestiones económico-contables.*
5. *Sometimiento a supervisión del juez (apartado 6).*

Se contempla la posibilidad del que el juez requiera a todos o a alguno de sus miembros una información específica o una memoria (modalidad de informe) sobre el estado de la fase del concurso.

6. Rendición de cuentas.

—Remisión al artículo 181.

—Inadecuada ubicación sistemática de ese artículo 181, a mi juicio.

Por otro lado, el apartado 1 habla de rendición de cuentas *en todos los informes* de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso. Se trata, por tanto, no de «rendición de cuentas», sino de «rendiciones», que pueden ser relativamente numerosas.

Es cosa distinta de la información o memoria que el juez *puede* requerir a todos o alguno de los miembros de la administración concursal (artículo 35.6, inciso segundo), puesto que la rendición de cuentas es siempre obligatoria y sin necesidad de petición judicial.

—Contenido de la rendición de cuentas: justificación cumplida de la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas.

B.3) Los auxiliares delegados.

1. *Autorización judicial, a instancias de la administración concursal:* artículo 32.1.

—Creo que cabe la posibilidad de más de un auxiliar. De hecho, la norma habla de «los auxiliares».

—La teoría, que no comparto, de la lista de profesionales en el juzgado.

2. Naturaleza jurídica de la relación entre la administración concursal y el auxiliar delegado.

—¿Relación de arrendamiento de servicios?

—Diferencia con el caso del «personal al servicio» de un administrador concursal (los empleados o colaboradores del administrador «profesional» o los empleados del administrador «acreedor»): artículo 32.4.

—¿Aplicabilidad del párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código civil?

—Importancia, a efectos del derecho de repetición del artículo 1.904 del Código civil.

3. Funciones delegadas.

—Las establece el juez. Difícil determinación, posible fuente de conflictos a efectos de responsabilidad. Relación con el artículo 36.3. Analogía con el último párrafo del artículo 1.903 del Código civil (criterio *culpabilista* de responsabilidad).

—¿Quién «gobierna» la actuación del auxiliar delegado?: el caso del administrador concursal al que se han atribuido competencias específicas (artículo 95.2, párrafo segundo).

C) Reglas de responsabilidad de la administración concursal.

1. Las dos acciones de responsabilidad contra la administración concursal: la acción de responsabilidad en interés de la masa (artículo 36.1) y la acción individual de responsabilidad (artículo 36.7).

2. Acción de responsabilidad en interés de la masa.

a) Son daños causados *a la masa*, aunque de forma indirecta afecten a los acreedores u otros terceros (artículo 36.1).

b) Relación con las funciones de la administración concursal:

—Remisión al anterior apartado B.1.

Intervención de los actos realizados por el deudor que conserva sus facultades patrimoniales; sustitución del deudor cuando éste haya sido suspendido en dicho ejercicio; confección de informes.

—La particularidad de la «responsabilidad por informar».

c) Conductas sancionadas:

—Actos y omisiones contrarios a la ley.

—O realizados sin la debida diligencia. Diligencia: la del artículo 35.1.

d) Criterio de imputación de responsabilidad: criterio culpabilista («...o realizados sin la debida diligencia», del inciso final del artículo 36.1).

—Presunción de culpa e inversión de la carga de la prueba (arg., siguientes letra e).

—En el caso de actos u omisiones contrarios a la ley, la responsabilidad deriva de la propia contravención, con independencia de criterios subjetivos de imputación.

e) Responsabilidad solidaria, salvo que se trate de responsabilidad en el ejercicio de competencias individualmente atribuidas a uno de los administradores concursales (apartado 2).

—Aplicación del *ius electionis* propio de la solidaridad. Acciones de repetición.

—Exoneración de responsabilidad del administrador concursal que pruebe que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél.

f) Responsabilidad solidaria de los administradores concursales por los actos y omisiones de los auxiliares delegados, salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño (apartado 3).

—Concordancia con el último párrafo del artículo 1.903 del Código civil. Teóricamente, inversión de la carga de la prueba. ¿Cabe pensar en las «insuperables dificultades probatorias» que se observan en la jurisprudencia cuando aplica la responsabilidad civil del empresario del párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código civil?

—¿Tiene cabida la acción de repetición del artículo 1.904 del Código civil?

—El problema del administrador acreedor que designa un profesional que le sustituya (artículo 27.1, último párrafo). ¿Responde por *culpa in eligendo*?

g) Legitimación activa: acreedores (individualizados) y deudor.

—Si intenta ejercitarla el deudor, ¿será precisa autorización judicial, en aplicación analógica del artículo 54.2?

h) Régimen procesal de la acción de responsabilidad en interés de la masa: *juicio declarativo* que corresponda, *ante el juez que conozca o haya conocido del concurso* (apartado 4).

i) Prescripción de la acción: plazo de cuatro años. *Dies a quo* (apartado 5). El problema *general* de los daños que se manifiestan después del acto por el que se responde. Las palabras «*en todo caso*».

j) Reembolso de gastos al acreedor que hubiera ejercitado con éxito la acción en interés de la masa (apartado 6). No beneficia al deudor demandante.

k) Efecto de la acción que prospera. El apartado 6 habla de «indemnizar daños y perjuicios», pero parece claro que puede haber una condena a restituir *in natura* (devolución de bienes).

l) Caso de administrador concursal persona jurídica.

3. *La acción individual de responsabilidad del apartado 7 del artículo 36.*

a) Daños *directos* al deudor, a acreedores o a terceros.

b) Daños «a los acreedores». ¿A todos, o sólo al concreto acreedor que demanda? Opino que esto último, con arreglo a los criterios generales en materia de legitimación activa.

c) Interpretaciones sobre el criterio de imputación de responsabilidad y sobre la relación de causalidad.

d) Régimen procesal: estimo que debe ser el mismo que el del apartado 4 de este artículo. Aplicabilidad del principio del artículo 48.2, párrafo segundo. Acaso, lo prevé el artículo 86 ter, apartado 1, 6.º, de la LOPJ, según redacción dada por el artículo segundo, 7, de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal. Pero esta norma habla sólo de «perjuicios causados al concursado».

f) Prescripción. Silencio legal. ¿Será el plazo propio de la acción ejercitada, con aplicación de las reglas sobre responsabilidad contractual (artículo 1.964 del Código civil) o extracontractual (artículo 1.968, 2.º, Código civil)?

g) El caso de administrador concursal persona jurídica.

IV. Responsabilidad de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices (artículo 172.2.3.º)

1. Alcance subjetivo: personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices (inciso primero).

a) *Tienen* que ser determinadas en la sentencia de calificación (artículo 172.2.1.º).

b) Quiénes son:

- El deudor. Dudoso, cuando el concursado es persona física y el concurso termina en convenio (ALCOVER GARAU).
- Administradores y liquidadores de personas jurídicas, de hecho o de derecho.
- Representantes legales de personas físicas.
- Cómplices (definidos en el artículo 166).
- Duda sobre los ex administradores y ex liquidadores (anteriores a la declaración de concurso).
 - No se trata del caso de la condena del apartado 3 del mismo artículo 172.
 - Argumentos en contra: *odiosa sunt restringenda* y dudosa «identidad de razón» a efectos de analogía (artículo 4.1 del Código civil).

2. Alcance objetivo: los efectos previstos en la norma.

a) Pérdida de cualquier derecho como acreedor.

b) Devolución de los bienes o derechos que hubieran obtenido *in-debitamente* del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa.

c) Indemnización de los daños y perjuicios causados.

3. Sobre el efecto de indemnización: ¿A quién se indemniza? ¿Quién y cuándo ha instado esta indemnización?

—Cualquier perjudicado, aunque no sea acreedor del concursado:

—Se entiende que la clave es la personación del artículo 168 LC.

4. Idem: ¿Qué «daños y perjuicios causados»? La condena, ¿debe establecer el montante determinado?; ¿o cabe una condena sujeta a liquidación con la fórmula de los artículos 712 ss. LEC?

V. Responsabilidad «societaria» y «concursal» de los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, de una persona jurídica (artículos 48.2, 164.1 y 172.3)

A) Cuestiones previas y de carácter general

1. Persona jurídica deudora, que no sea sociedad mercantil.

2. Persona jurídica deudora, que no sea sociedad de capital.

3. El caso de la sociedad de capital: compatibilidad o coexistencia de la «acción social» de responsabilidad del artículo 134 LSA (y por remisión, del artículo 69.1 LSRL) con la «responsabilidad concursal»

del artículo 172.3 LC. Esta compatibilidad se encuentra expresamente declarada en el artículo 48.2, párrafo primero, LC.

4. También para el caso de la sociedad de capital:

—Compatibilidad o coexistencia de la «acción individual» de responsabilidad del artículo 135 LSA (y por remisión, del artículo 69.1 LSRL) con la «responsabilidad concursal» del artículo 172.3 LC. Ninguna regla legal la excluye.

—Compatibilidad o coexistencia de la *responsabilidad-sanción* del artículo 262.5 LSA y del artículo 105.5 LSRL con la «responsabilidad concursal» del artículo 172.3 LC. Tampoco la excluye ninguna regla legal.

5. Resumen de 3 y 4: «El ejercicio de las pertinentes acciones de responsabilidad previstas en la normativa societaria no muda el significado dogmático de éstas cuando se viene a producir tras la declaración de concurso» (GARCIA-CRUCES).

6. La mención del administrador y del liquidador «de hecho».

—La sentencia de calificación *deberá motivar* la atribución (a una persona determinada, artículo 172.2.1.º, inciso primero) de la condición de administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora (artículo 172.2.1.º, inciso segundo).

—La mención a los administradores de hecho en el artículo 93.2.2.º, como «personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica», a efectos de la enumeración de *créditos subordinados* (artículo 92, en su número 5.º).

—El «administrador de hecho» es también citado en el apartado 2 del artículo 133 LSA, según redacción dada por la Ley de 17 de julio de 2003, llamada «de transparencia».

—Por administrador de hecho puede entenderse (PERDICES HUE-TOS):

- Los administradores (de hecho) notorios: quienes, careciendo de título válido para administrar, se comportan como tales frente a socios y terceros.
- Los administradores (de hecho) ocultos: quienes «inducen» a los administradores a gestionar tal y como lo hacen, por lo que son tan responsables de lo actuado como quien materialmente lo ha llevado a cabo.

—El texto no incluye a los apoderados generales, a pesar de la redacción del artículo 166, al considerar *cómplices* a quienes hubieren cooperado, entre otros, con los *apoderados generales*. Y

puede ocurrir que el apoderado general sea considerado «administrador de hecho».

B) Responsabilidad «societaria»

PRIMERO: LA «ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD»

a) Los presupuestos de responsabilidad del artículo 133 LSA.

Procede recordar el texto del artículo 133 LSA, en la redacción resultante del artículo 2, apartado seis, de la Ley de 17 de julio de 2003, de modificación de la Ley del Mercado de Valores y de la Ley de sociedades anónimas, llamada «Ley de transparencia», que entró en vigor el 19 de julio de 2003 (en virtud de su disposición final única):

«Artículo 133. Responsabilidad.

1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

2. El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador.

3. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

4. El ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general».

b) La acción social de responsabilidad del artículo 134 LSA.

c) Carácter orgánico de esta responsabilidad = vinculado a la actuación de los administradores como órgano social y en función de sus competencias como tal órgano (artículos 128 y 129 LSA y 62 y 63 LSRL).

d) Pero responden los miembros (cada uno de ellos, en su caso, en función de su *personal culpa*), no el órgano.

e) El criterio de imputación de responsabilidad es el *subjetivo* o por culpa. *Cualquier culpa*, sin matices, esto es, incluida la más leve.

La responsabilidad deriva de culpa o negligencia, por incumplimiento de los deberes que pesan sobre el administrador, esto es, los propios de la diligencia «de un ordenado empresario y de un representante leal» (artículo 127.1 LSA).

Debe tenerse presente la nueva redacción del apartado 2 del artículo 127 por efecto de la antes citada Ley de 17 de julio de 2003.

Téngase en cuenta, además, el contenido de los nuevos artículos 127 bis, 127 ter y 127 quáter, introducidos por la misma Ley de 17 de julio de 2003, relativos respectivamente a «deberes de fidelidad», «deberes de lealtad» y «deber de secreto». Por otro lado, en lo que respecta a los deberes de lealtad, repárese en extensión del supuesto de hecho a «personas vinculadas» a los administradores, con atención al apartado 5 del nuevo artículo 127 ter.

f) Presunción de culpa e inversión de la carga de la prueba, según se desprende del artículo 133.2.

g) Responsabilidad solidaria: artículo 133.2.

h) Alcance de esta responsabilidad: resarcir a la sociedad (no a los socios, ni a terceros) de los daños derivados del incumplimiento de los deberes de los administradores.

i) Legitimación «clásica» para entablar la acción:

— La propia sociedad, previo acuerdo de la junta general (artículo 134.1).

— Subsidiariamente, accionistas que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a efectos del ejercicio de la acción por la sociedad, cuando ésta no la entablare dentro del plazo de un mes o cuando el acuerdo de la junta general hubiere sido contrario a la exigencia de esta responsabilidad «social» (artículo 134.4).

— Subsidiariamente respecto a los anteriores, los acreedores (artículo 134.5).

- Presupuesto: que la acción no ha sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas.
- Lógica restricción: sólo procede cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de los créditos de los acreedores legitimados (esta insuficiencia patrimonial puede ser, por analogía, la del artículo 2.4 LC: solicitud de declaración de concurso presentada por un acreedor). No basta, por tanto, cualquier daño a la sociedad.

j) Prescripción: cuatro años (artículo 949 del Código de comercio).

k) Novedades introducidas por la LC (artículo 48.2):

k.1) Legitimación activa de la administración concursal (artículo 48.2, párrafo primero): «*Acciones que asistan a la persona jurídica*» contra administradores y liquidadores; se trata, sin duda, de la «acción social».

—La particularidad de que no es necesario previo acuerdo de la junta o asamblea de socios.

—No se encuentran razones para sostener que se trate de una legitimación subsidiaria respecto a la de los demás legitimados del artículo 134 LSA (ALONSO UREBA).

—La interposición de esta acción es independiente del desenlace del concurso: convenio o liquidación.

k.2) Regla de competencia del artículo 48.2, párrafo segundo: consecuencia del «principio de unidad» de concurso. Concordancia con el artículo 8.6.º LC y con el artículo 86 ter, 1.6.º LOPJ, según redacción dada por el artículo 2.7 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal.

—Problema de interpretación: ¿Sólo las acciones ejercitadas después de la declaración de concurso? ¿O también las anteriores?

k.3) «La formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado» (artículo 48.2, párrafo tercero).

k.4) La referencia a los liquidadores en el artículo 48.2 LC.

Por lo que respecta a los liquidadores, debe recordarse que su responsabilidad deriva de una actuación «con fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo», en lo que se refiere a los de la sociedad anónima (artículo 279.1 LSA). Se señala esta circunstancia por el notable contraste —en el sentido de agravación— con lo que se dispone en la Ley Concursal sobre la «responsabilidad concursal», también, de los administradores (artículo 172.3).

Parece no ser el caso de los liquidadores de la sociedad de responsabilidad limitada, pues el artículo 114 LSRL, al establecer que «serán de aplicación a los liquidadores las normas establecidas para los administradores que no se opongan a lo dispuesto en esta sección», parece estar remitiendo al artículo 69.1 de la propia LSRL y, por tanto, a los artículos 133, 134 y 135 LSA. Aunque acaso sea más razonable aplicar (con carácter «supletorio» o de analogía) el criterio del artículo 279.1

LSA, pues tiene poca lógica un distinto régimen de responsabilidad de los liquidadores, según lo sean de una anónima o de una limitada.

SEGUNDO: LA «ACCIÓN INDIVIDUAL» DE RESPONSABILIDAD

a) Artículo 135 LSA: Acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen *directamente* los intereses de aquéllos.

b) Aplicabilidad de lo señalado en las letras a), c), d), e), f), g) y j) del anterior subapartado primero («acción social de responsabilidad»).

- c) Opiniones que pueden compartirse (ALFARO AGUILA-REAL):**
- Los administradores responden cuando hayan causado el daño al tercero *personalmente* y, en los casos de omisión, cuando hayan infringido un deber de cuidado que el ordenamiento les impusiera, precisamente, en protección de los bienes jurídicos de ese tercero.
 - Los administradores responden *extracontractualmente* frente a los acreedores contractuales de la sociedad en los mismos términos en que responde un tercero que se inmiscuye en la relación contractual.
 - El administrador responde exclusivamente de los daños causados por los administradores a los socios en su función de *gestores del contrato social*.

d) Particularidades en caso de concurso:

- El concurso de la sociedad no afecta a esta acción, porque se ejercita frente a los administradores, no frente a la sociedad.
- ¿Ante qué juez? En favor del juez del concurso milita la «jurisdicción excluyente y exclusiva», de la que habla la Exposición de motivos. En contra, la «predeterminación legal de la competencia» (artículo 44 LEC).

TERCERO: LA RESPONSABILIDAD-SANCIÓN POR NO DISOLUCIÓN

a) Hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal:

— En la LSA (artículos 260 y 262.5): son casos en los que los administradores se convierten en responsables solidarios, entre sí y con la sociedad, de *las obligaciones sociales*:

- Si incumplen la obligación de convocar la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución,

- O no solicitan la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar de la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta cuando su acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

Es una norma pensada para una fase «preconcurso» (para algún autor, «paraconcurso»), en la que no se da propiamente una situación de insolvencia, sino de pérdidas significativas (FER-NANDEZ DE LA GANDARA).

—En la LSRL: régimen similar, con matices (artículos 104 y 105.5).

b) A partir de la entrada en vigor de la Ley Concursal.

—Es menester acudir al texto de los artículos 260 y 262 LSA, en la redacción que resultará de la entrada en vigor de la LC (el 1 de setiembre de 2004, disposición final trigésima quinta), en virtud de lo establecido en su disposición final vigésima, apartados 2, 3, 4, 5 y 6:

«260. Causas de la disolución.

1. La sociedad anónima se disolverá:

1.º. Por acuerdo de la junta general, adoptado con arreglo al artículo 103.

2.º. Por cumplimiento del término fijado en los estatutos.

3.º. Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento.

4.º. Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal.

5.º. Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal.

6.º. Por la fusión o escisión total de la sociedad.

7.º. Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

2. La declaración de concurso no constituirá, por sí sola, causa de disolución, pero si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación la sociedad quedará automáticamente disuelta. En este último caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura y, sin nombramiento de liquidadores, se realizará la liquidación de la sociedad conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal».

«262. Acuerdo social de disolución.

1. Cuando concurra alguna de las causas previstas en los números 3.º, 4.º, 5.º y 7.º del apartado 1 del artículo 260, la disolución de la so-

ciudad requerirá acuerdo de la junta general constituida con arreglo al artículo 102.

2. Los administradores deberán convocar Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución.

Asimismo podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal.

Cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que se convoque la Junta si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución, o para el concurso.

3. En el caso de que la junta solicitada no fuese convocada o no pudiese lograrse el acuerdo o éste fuese contrario a la disolución, cualquier interesado podrá solicitar la disolución judicial de la sociedad.

4. Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado.

5. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso».

—Por el mismo motivo, corresponde la transcripción del texto de los artículos 104 y 105 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (LSRL), en la redacción que resultará de la entrada en vigor de la LC, en virtud de lo establecido en su disposición final vigésima primera, apartados 2, 3 y 4:

«104. Causas de disolución.

1. La sociedad de responsabilidad limitada se disolverá:

a) Por cumplimiento del término fijado en los estatutos, de conformidad con lo establecido en el artículo 107.

b) Por acuerdo de la Junta General adoptado con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos.

c) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto, la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, o la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.

d) *Por falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos.*

e) *Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente.*

f) *Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal. Cuando la reducción sea consecuencia del cumplimiento de una ley se estará a lo dispuesto en el artículo 108.*

g) *Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.*

2. *La declaración de concurso no constituirá, por sí sola, causa de disolución, pero si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación la sociedad quedará automáticamente disuelta. En este último caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura y, sin nombramiento de liquidadores, se realizará la liquidación de la sociedad conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal».*

«105. Acuerdo de disolución.

1. *En los casos previstos en los párrafos c) a g) del apartado 1 del artículo anterior, la disolución, o la solicitud de concurso, requerirá acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría a que se refiere el apartado 1 del artículo 53. Los administradores deberán convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución, o concurriera la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal.*

2. *La Junta General podrá adoptar el acuerdo de disolución o aquél o aquéllos que sean necesarios para la remoción de la causa.*

3. *Si la Junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el apartado anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el Juez de Primera Instancia del domicilio social. La solicitud de disolución judicial deberá dirigirse contra la sociedad.*

4. *Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta o se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado.*

5. *El incumplimiento de la obligación de convocar Junta General o de solicitar la disolución judicial o, si procediera, el concurso de acreedores de la sociedad determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales».*

El cambio consiste en que a partir del 1 de setiembre de 2004, los administradores asumen un especial deber de solicitar el concurso.

C) *Responsabilidad «concurstal»: la llamada, en forma gráfica y metafórica (no rigurosa), «de suplemento de la masa activa»*

1. Responsabilidad que se declara en la sentencia de calificación (título 172.3).

- Notable novedad en nuestro Derecho concursal.
- Sólo aplicable a supuestos de concurso de persona jurídica.

2. Presupuestos *remotos*:

Primero: que se hubiera formado la sección sexta, de calificación. Esta formación sólo cabe (artículo 163.1) cuando:

- Tenga lugar la aprobación judicial de un convenio con una quita superior a un tercio del importe de los créditos o una espera superior a tres años.
- En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

Segundo: que la sección de calificación hubiera sido formada (artículo 167.1) o reabierto (artículo 179) como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación.

3. Presupuesto *próximo*: que el concurso se califique como culpable (artículo 172.2, párrafo primero).

- El concurso se calificará como culpable cuando en la *generación o agravación* del estado de insolvencia hubiera mediado *dolo o culpa grave* del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.

- Reservas doctrinales al respecto: ¿Por qué no «simple culpa»?

- Presunciones absolutas de concurso culpable (los seis supuestos del artículo 164.2).
- Presunciones relativas (o *iuris tantum*): los tres supuestos del artículo 165.

4. Apparente discrecionalidad judicial («*la sentencia podrá*»). Desafortunada expresión: parece claro que, si se dan los presupuestos y requisitos, la sentencia *debe* condenar (sin perjuicio del *criterio* judicial en punto a la determinación de los responsables y de la «modulación» del alcance o montante de la responsabilidad de cada uno de ellos). Se en-

tiende que el texto quiere decir que *sólo cuando concurren los requisitos establecidos en la norma*, «puede» la sentencia establecer tal condena.

5. Eventuales responsables: administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso.

¿Por qué dos años? Contraste con el artículo 949 del Código de comercio (cuatro años) y con el artículo 165, 3.º, LC (tres últimos ejercicios).

6. ¿Responsabilidad mancomunada o solidaridad? Me inclino por la mancomunidad (artículo 1.137 del Código civil y el hecho de que aquí no existe presunción de culpa, a diferencia del artículo 133 LSA).

Desde luego, sin perjuicio de que rija la solidaridad (en virtud de la jurisprudencia) si hubiera habido concertación o acuerdo en las conductas determinantes de responsabilidad.

Algunos autores critican la ausencia de mención a la responsabilidad solidaria como regla general.

7. Acreedores de la indemnización: los acreedores concursales. Es decir, los descritos en el inciso primero del apartado 1 del artículo 84, luego «calificados» en el artículo 89.1.

8. Alcance (o límite) de la indemnización: *«pagar ..., total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa»*. El «déficit patrimonial» entre masa activa y pasiva.

9. No se declara cuál es el criterio de imputación.

—Posibilidades o interpretaciones teóricas: responsabilidad-sancción, responsabilidad objetiva, responsabilidad por culpa.

—Me inclino por la tesis de que se trata de una responsabilidad por culpa, consistente en negligencia en el ejercicio de las funciones del cargo de administrador o liquidador. No encuentro argumentos sólidos para sostener otra interpretación, aunque se han formulado argumentos sólidos en favor de la responsabilidad-sancción (GARCIA-CRUCES).

—Culpa en la «generación» o «agravación» del estado de insolvencia. Se usa la palabra «generación», no la de «producción».

—Se entiende que el «estado de insolvencia» es el del artículo 2.2, esto es, el caso en el que *«el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles»*.

—El juez «modula» el dolo o culpa grave de *cada uno* de los administradores o liquidadores, que es el *presupuesto próximo* de esta responsabilidad (artículo 164.1). Si es por culpa, se trata —en definitiva— de la aplicación del principio del artículo 1.103 del Código civil.

10. La sentencia debe determinar:

- Quién o quiénes de los administradores son los obligados;
- Y la cantidad que corresponde pagar a cada uno, en función (1) del grado de culpa, atribuido también a cada uno, y (2) de la relación (genuina de causalidad) entre la culpa y la generación o agravación del estado de insolvencia.

11. El problema de la relación de causalidad:

- Sea cual sea el criterio de imputación de responsabilidad, la relación de causalidad entra en juego siempre, puesto que se trata de un elemento *distinto* (e imprescindible) de la responsabilidad civil. No obstante, no será fácil que se dé esta circunstancia, porque la imputación a los administradores y liquidadores es sólo en caso de dolo o culpa grave.
- Dolo o culpa de un tercero. El caso del auditor.
- Dolo o culpa de un empleado: irrelevante, por el principio que inspira la regla del párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código civil.
- «Culpa» del acreedor (casos en los que el acreedor, al contratar con el concursado, conoce o tiene motivos para conocer su situación patrimonial). En realidad, ruptura de la relación de causalidad como consecuencia de la *conducta* (no culpa) del acreedor.

12. Coexistencia de la responsabilidad concursal con la acción social de responsabilidad del artículo 134 LSA.

La acción social de responsabilidad suple el vacío de la responsabilidad concursal en:

- Los casos en que no hay calificación.
- Los casos de concurso «no culpable» (artículo 164.1, *a sensu contrario*), salvo el concurso fortuito.
- Los casos de administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, más de dos años anteriores a la declaración de concurso, con el límite de la prescripción del artículo 949 del Código de comercio.

13. Responsabilidad-sanción por no disolución y responsabilidad concursal.

ALONSO UREBA: Ante una situación de pérdidas que deje reducido el patrimonio social a una cantidad inferior a la mitad del capital, sin que éste se aumente o reduzca en medidas suficientes, produciéndose como consecuencia del desbalance una situación de insolvencia actual, sin que los administradores procedan a solicitar el concurso, será de aplicación el régimen de responsabilidad-sanción de la legislación

societaria. Otra cosa es que, habiéndose producido un estado de insolvencia actual, y transcurridos dos meses desde que se conoció o debería haberse conocido, sin haberse solicitado el concurso y éste sea calificado como culpable, entre en juego el régimen de responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC.

14. Puede compartirse la opinión (QUECEDO ARACIL) de que las acciones «ordinarias» de responsabilidad de administradores (entre ellas, la de la «acción social») pueden ser más ventajosas que la responsabilidad concursal, al extender la responsabilidad a todos los supuestos de culpa, sin complicaciones derivadas de la prueba y sin discusión sobre solidaridad.

VI. La medida cautelar del artículo 48.3

El párrafo sexto, inciso segundo, del apartado III de la Exposición de motivos dice: *«El efecto más severo que la ley establece es el embargo de bienes y derechos de los administradores y liquidadores, que el juez puede acordar cuando exista fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa resulte insuficiente para satisfacer todas las deudas».*

1. La puede decretar el juez del concurso, no otro (por ejemplo, el que estuviere conociendo de las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado antes de la formación de la sección de calificación (según la letra del párrafo 3.º del apartado 1 del artículo 48, y según la interpretación que se dé a su texto).

2. Puede acordarse «desde la declaración de concurso de persona jurídica». No tiene por qué ser, por tanto, sólo una sociedad de capital.

3. Puede decretarse de oficio (verdadera particularidad «concursal»).

4. Puede decretarse también «a solicitud razonada de la administración concursal». Aunque el texto no habla de acreedores, parece claro que cualquiera de ellos puede *provocar* (por persuasión) la «solicitud razonada» de la administración concursal.

5. Carácter discrecional: el juez *«podrá ordenar»*.

6. Consiste en el embargo de bienes y derechos de los administradores y liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. Este último inciso mueve a pensar que se trata de garantía de la responsabilidad «concursal», no de otra.

7. Cuantía: la que «el juez» estime bastante. Razonable crítica doctrinal por indefinición.

8. Esta medida cautelar se encamina a asegurar o a garantizar la responsabilidad de administradores o liquidadores que denominamos «concurstal» (la del artículo 172.5), no las «responsabilidades» comunes o *tradicionales* conocidas como responsabilidad social, responsabilidad individual y responsabilidad-sanción por no disolución.

Así se desprende del hecho de que esta medida cautelar se prevé para el caso en que «de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable» y de que «la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas». Por otra parte, está el argumento del anterior número 6.

No obstante, creo que existen argumentos para que esta medida cautelar se proyecte hacia *cualquier responsabilidad* de administradores o liquidadores, en tanto en cuanto haya declaración de concurso.

9. Del texto se desprende que puede dictarse *inaudita parte*. Si el juez concede audiencia al administrador o liquidador (que creo que es posible, por la «lógica» de las medidas cautelares en general), ¿cabe la oposición del artículo 734.2 LEC? (ver disposición final quinta, párrafo primero, de la Ley Concursal, sobre aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento civil).

10. El *fumus boni iuris* es lo fundado de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa no sea bastante para satisfacer todas las deudas.

11. El *periculum in mora* consiste en el riesgo de que la duración del procedimiento dificulte o frustre la efectividad de la (posible) condena del artículo 172.3.

12. Sustitución por aval, a solicitud del interesado.

13. Procede el recurso de reposición, según el artículo 179.2 LC.

14. Levantamiento de la medida cautelar: se entiende que es al alcanzar firmeza la sentencia de calificación que no establezca la condena del artículo 172.3.

Bibliografía utilizada

- ALCOVER GARAU, G.: «Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal», en AA. VV., *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Dilex, Madrid, pp. 487-503.
- ALFARO AGUILA-REAL, J.: «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», *Revista de Derecho de Sociedades*, año 2002-1, número 18, pp. 44-76.
- ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 132.3 de la Ley Concursal y

- sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad), en AA. VV., *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Dilex, Madrid, pp. 505-576.
- ASTRAY CHACÓN, M. P.: Comentario al artículo 164, en AA. VV., *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 1101-1109.
- ASTRAY CHACÓN, M. P.: Comentario al artículo 172, en AA. VV., *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 1128-1134.
- ESTEBAN VELASCO, G.: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a socios y terceros: acción individual por no promoción o remoción de la disolución», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, II, pp. 1679-1719.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: «La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital», en AA. VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinadores L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y M. M. SÁNCHEZ ALVAREZ), Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 701-721.
- GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B.: «Aspectos civiles de la calificación del concurso», en AA. VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinadores L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y M. M. SÁNCHEZ ALVAREZ), Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 681-699.
- GARCÍA-CRUCES, J. A.: «El problema de la represión de la conducta del deudor común», en *La reforma de la legislación concursal*, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España y Marcial Pons, Madrid, pp. 247-321.
- HERRERA CUEVAS, E.: *Manual de la reforma concursal*, Europea de Derecho, Madrid, 2004.
- ILLESCAS RUS, A-V.: Comentario al artículo 36, en AA. VV., *Derecho concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, Iurgium, Madrid, 2004, pp. 223-233.
- JUSTE MENCÍA, J.: «En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad. Nota a las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998 y 7 de junio de 1999 y de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de setiembre de 1999», en *Revista de Derecho de sociedades*, año 2000-1, número 14, pp. 441-457.
- LLEBOT MAJÓ, J. O.: «La responsabilidad concursal de los administradores», en *Revista General de Derecho*, 1999, número 657, pp. 7559-7566.
- MACHADO PLAZAS, J.: Comentario al artículo 36, en AA. VV., *Nueva Ley Concursal* (coordinadores A. SALA, F. MERCADAL y J. ALONSO-CUEVILLAS), Bosch, Barcelona, 2004, pp. 218-221.
- MAIRATA LAVIÑA, J.: «Responsabilidad de los administradores y situaciones concursales», en *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill, Madrid, 2002, II, pp. 1383-1410.
- PALOMAR OLMEDA, A.: Comentario al artículo 36, en AA. VV., *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 461-468.
- PERDICES HUELOS, A.: «Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 septiembre 2001», en *Revista de Derecho de sociedades*, año 2002-1, número 18, pp. 277-287.

- QUECEDO ARACIL, P.: Comentario al artículo 164, en AA. VV., *Derecho concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, Iurgium, Madrid, 2004, pp. 741-752.
- QUECEDO ARACIL, P.: Comentario al artículo 172, en AA. VV., *Derecho concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, Iurgium, Madrid, 2004, pp. 774-782.
- RAMOS MONTESA, A.: Comentario al artículo 164, en AA. VV., *Nueva Ley Concursal* (coordinadores A. SALA, F. MERCADAL y J. ALONSO-CUEVILLAS), Bosch, Barcelona, 2004, pp. 702-710.
- RAMOS MONTESA, A.: Comentario al artículo 172, en AA. VV., *Nueva Ley Concursal* (coordinadores A. SALA, F. MERCADAL y J. ALONSO-CUEVILLAS), Bosch, Barcelona, 2004, pp. 742-753.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: «Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas», en *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill, Madrid, 2002, II, pp. 1437-1484.
- VERDUGO GARCÍA, J.: «Órganos del concurso: la administración del concurso», en AA. VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinadores L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y M. M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ), Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 441-481.
- VIAÑO LARA, J.: Comentario al artículo 48, en AA. VV., *Derecho concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, Iurgium, Madrid, 2004, pp. 270-279.
- VILA FLORENSA, P.: Comentario al artículo 48, en AA. VV., *Nueva Ley Concursal* (coordinadores A. SALA, F. MERCADAL y J. ALONSO-CUEVILLAS), Bosch, Barcelona, 2004, pp. 264-273.
- YANES YANES, P.: «La administración concursal», en AA. VV., *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Dilex, Madrid, pp. 173-233.

ANÁLISIS DE LA FORMA DEL ARTE FIGURATIVO PALEOLÍTICO Y SU TRATAMIENTO ESTADÍSTICO

Dr. Juan María Apellániz y Dr. Félix Calvo Gómez

Objetivo de la investigación

En este trabajo pretendemos analizar la naturaleza de la forma del contorno de las figuraciones paleolíticas y más concretamente si esta forma cambia a lo largo del tiempo determinando lo que en las artes históricas se han denominado estilos. Y esto porque una de las convicciones más arraigadas entre los estudiosos del arte paleolítico ha sido la de que éste evoluciona y genera estilos diferenciables en cada una de las fases de su evolución. Sin embargo no se ha producido todavía un consenso básico durable en el tiempo, sobre alguna de las periodizaciones.

En consecuencia, nuestra investigación debería dirigirse a definir la naturaleza de la forma paleolítica. Es decir, a establecer qué caracteres de forma son comunes y diferentes en todas las figuras o en grupos de figuras y en qué lugar y en qué posición de la secuencia cultural paleolítica se pueden situar las obras dotadas de tales caracteres.

Procedimiento

Entendemos que bastaría a nuestro fin estudiar un colectivo suficiente de figuras, pintadas o grabadas en las paredes de las cuevas, pertenecientes a conjuntos localizados en diferentes regiones por las que este arte está extendido y atribuidas a los estilos más comúnmente aceptados como diferentes y sucesivos.

Este procedimiento está justificado porque la práctica totalidad de los prehistoriadores reconoce que los caracteres básicos del arte paleo-

lítico observables macroscópicamente son que se trata de un colectivo de figuraciones de animales, que representan en su casi totalidad caballos y bisontes, en las mismas actitudes, dotadas sólo de contorno, donde las rupestres no difieren en cuanto a la delineación, de las mobiliarias. En consecuencia, nos proponemos estudiar un colectivo aleatorio de figuras rupestres de caballo.

La forma que analizaremos es la que determinan los contornos dorsal y ventral. El contorno del cuello no está determinado en los caballos por la base de la crinera sino por su borde exterior. Lo mismo vale para los contornos de partes (vientre, nalga, pierna) en las que la línea continua está sustituida por pelambreras.

Estudiamos la forma en primer lugar mediante la observación macroscópica, de la que deducimos una hipótesis provisional y después mediante un análisis estadístico que ayude a confirmar su plausibilidad. El tipo de análisis estadístico que utilizaremos es el factorial de correspondencias.

Del contorno dorsal tomamos en consideración todas las partes excluyendo la cabeza, la cerviz y una pequeña parte delantera del cuello. Y esto porque estas partes no aparecen siempre completas en todas las figuras en las que el resto del cuerpo lo está, y porque la posición de la cabeza en comparación con la del resto del cuerpo es variable y porque se trata de partes pequeñas en relación con el conjunto del cuerpo y su capacidad de describir la forma es reducida. Del contorno ventral, excluimos las partes extremas de sus patas por las mismas razones.

Caracteres, condicionamientos y limitaciones del colectivo

El colectivo está compuesto por figuras seleccionadas aleatoriamente. Desde un punto de vista geográfico y a fin de estudiar la eventual relación entre la forma y la localización geográfica hemos seleccionado figuras situadas en santuarios del área franco-cantábrica, el País Vasco, el Cantábrico, el Pirineo y la Dordoña. Hemos añadido una figura de Cosquer por la contradicción que su fechación absoluta representa en relación con los sistemas estilísticos en uso.

Para formar este colectivo hemos elegido las figuras dotadas de dos cualidades fundamentales: figuras compuestas por un contorno dorsal (con maslo o arranque de la cola, grupa, lomo, dorso y mitad trasera del cuello) y un ventral (con ano, pierna, inguinal, vientre, cinchera, antebrazo y encuentro), y figuras en posición estática.

División del colectivo en grupos y su justificación

Dividimos el colectivo en cuatro grupos con arreglo a dos criterios, geográfico (Grupos de Ekain, Cantábrico, Francia) y estilístico (los supuestos estilos III y IV de Leroi-Gourhan). Los tres grupos primeros reúnen a figuras que presentan tren trasero y maslo hipertróficos. Nos ha parecido justificado hacer un grupo con las figuras que no llevan maslo hipertrófico aunque lleven tren trasero abultado, porque esta diferencia entre figuras permitiría determinar mejor qué valor tiene un carácter formal en la definición ya sea del estilo ya de grupos dentro de él.

Nuestra catalogación comienza por las figuras del Estilo IV y dentro de éste por los conjuntos de Ekain, Cantábrico y Francia y termina con el Estilo III. Puede parecer más lógico hacerlo al revés. La razón de hacerlo así consiste en que pretendemos extraer del análisis del grupo más numeroso una hipótesis provisional que se pudiera confirmar o no con el del otro grupo. Por otra parte el orden no altera el resultado.

Con la finalidad de analizar las relaciones entre las figuras hemos formado dos grandes grupos. Uno integrado por las que habían sido atribuidas por Leroi-Gourhan al Estilo III y otro al del Estilo IV, los dos más importantes de su clasificación. Este análisis serviría para confirmar o no la hipótesis en que se funda su clasificación. También hemos introducido entre las del Estilo IV una de Pech-Merle (n.º 38 de nuestra Catalogación) perteneciente al III.

Habríamos preferido poder constituir un conjunto perteneciente al Estilo III tan amplio como para poder dividirlo en grupos regionales idénticos a aquellos en que hemos podido dividir el Estilo IV. Sin embargo entendemos que el colectivo es suficiente tanto para el análisis macroscópico como para el estadístico.

En lo que se refiere al número de figuras de cada santuario el colectivo de las figuras pintadas se encuentra ligeramente descompensado, en parte porque algunos conjuntos son muy escasos, en parte porque no todas las figuras son utilizables y en parte porque las figuras del estilo III son menos numerosas que las del IV. Si no hemos utilizado algunas figuras es porque o están faltas de partes necesarias para el estudio o porque fueron dibujadas en lugares que impiden tomar de ellas representaciones fiables.

Las figuras del Estilo IV están agrupadas también atendiendo a algunos caracteres que parecen en principio discriminantes como el maslo, el cual puede ser hipertrófico o no. La mayoría de los caballos estudiados de Ekain y muchos del Cantábrico se caracterizan por sus trenes traseros hipertrofiados, pero no se sabe si también por la hipertrofia del maslo.

Hemos incluido un grupo de figuras a primera vista muy semejantes, como las de Rouffignac, para observar la diferencia que el análisis establece entre ellas por una parte, y entre cada una de ellas y las demás que componen el colectivo por otra.

La catalogación de los colectivos de las figuras pintadas y grabadas se expone en los apartados dedicados al estudio de cada uno de ellos.

El colectivo de las figuras

Para evitar posibles confusiones indicamos junto al de nuestra catalogación el número que tuvieron en la catalogación que nos ha parecido más detallada, más completa, más comúnmente seguida o simplemente más cómoda para nosotros.

1. Figuras pertenecientes al Estilo IV

1.1. Ekain. 1. (n.º 20, Altuna, J. Apellániz, J.M. 1978;48). 2. (n.º 21, *Ibid.*: 51). 3. (n.º 26, *Ibid.*: 58). 4. (n.º 28, *Ibid.*: 61). 5. (n.º 29, *Ibid.*: 61). 6. (n.º 30, *Ibid.*: 63). 7. (n.º 44, *Ibid.*: 44). 8. (n.º 53, *Ibid.*: 87). 9. (n.º 56, *Ibid.*: 92). 10. (n.º 57, *Ibid.*: 93). 11. (n.º 58, *Ibid.*: 96). 12. (n.º 27, *Ibid.*: 59-60).

1.2. Cantábrico. 13. Santimamiñe, (n.º IX-3, Aranzadi, T. *et alii*, 1925:33). 14. Cullalvera, (n.º Leroi-Gourhan, A, 1995. fig. 625). 15. Garma, (Arias, P. *et alii*, 1996;3). 16. Las Monedas, (n.º 6, Ripoll, E. 1972;16). 17. Las Monedas, (n.º 11, *Ibid.*: 16). 18. S. Román de Candamo, (n.º 146, Magín, A., 1994;168). 19. S. Román de Candamo, (n.º 149A, *Ibid.*: 170). 20. S. Román de Candamo, (n.º 149B, *Ibid.*:170). 21. Tito Bustillo, (n.º 39, Moure, A-Behrman, R, 1982; 62-63). 22. Tito Bustillo, (n.º 56, *Ibid.*: 68). 23. Tito Bustillo, (n.º 58 *Ibid.*: 68). Fig. 26.

1.3. Francia. 24. Niaux, (n.º 40, Beltrán, 1976;84). 25. Niaux, (n.º 59, *Ibid.*: 107). 26. Niaux, (n.º 80, *Ibid.*: 130). 27. Niaux, (n.º 82, *Ibid.*: 132). 28. Niaux, (n.º 100, *Ibid.*: 148). 29. Niaux, (n.º 102, *Ibid.*: 149-152). 30. Niaux, (n.º 109 *Ibid.*; 160). 31. Niaux, (n.º 110, *Ibid.*: 161). 32. Niaux, (n.º 14, *Ibid.*: 207). 33. Le Portel, (n.º 79, Beltrán, 1966;160). 34. Le Portel, (n.º 54, *Ibid.*: 122). 35. Le Portel, (n.º 3, *Ibid.*: 43). 36. Le Portel, (n.º 50, *Ibid.*: 118). 37. Le Portel, (n.º 40, *Ibid.*: 40). 38. Pech-Merle, (n.º Nougier, L- Robert, R. 1954). 39. Le Portel, (n.º 37, Beltrán, A,1976;97). 40. Rouffignac, (n.º 64, Barrière, C, 1982;47). 41. Rouffignac, (n.º 87, *Ibid.*: 52). 42. Rouffignac, (n.º 88, *Ibid.*: 52).

1.4. Figuras del estilo IV de maslo no hipertrófico:

43. Ekain, (n.º 43, Altuna, J. Apellániz, J.M. 1978;72-73). 44. Las Monedas, (n.º 20, Ripoll, E, 1972; 18). 45. Las Monedas, (n.º 13, *Ibid.*: 17). 46. La Pasiega, (n.º 25, Breuil, H. *et alii*, 1913;11). 47. Oxozelhaia, (n.º F25, Laplace, G. Larribau, J.D. 1984;287).

1.5. Figuras pertenecientes al estilo III:

48. La Pasiega, (n.º 56, Breuil, H. *et alii*, 1913; 18). 49. La Pasiega, (n.º 25, *Ibid.*:11). 50. La Pasiega, (n.º 25, *Ibid.*: 11-12). 51. La Pasiega, (n.º 16, *Ibid.*: 9). 52. La Pasiega, (n.º 15, *Ibid.*: 9). 53. La Pasiega, (n.º 29, *Ibid.*: 13). 54. La Pasiega, (n.º 50, *Ibid.*: 18). 55. La Pasiega, (n.º 34, *Ibid.*: 13). 56. Castillo, (n.º 59, Alcalde del Río, H. *et alii*, 1912;149). 57. Castillo (n.º 59, *Ibid.*: 149). Fig. 60.

58. Covalanas, (n.º 3. *Ibid.*: 18). 59. La Haza, (n.º A, 2, *Ibid.*: 12). 60. La Haza, (n.º A, 14, *Ibid.*: 12). 61. Pech-Merle, (n.º CH1, Lorblanchet, M. 1981; 187). 62. Pech-Merle, (n.º 5 Leroi-Gourhan, A. 1995;470. 362). 63. Pech-Merle, (n.º 5, *Ibid.* 470; 362). 64. Lascaux, (n.º 72, Leroi-Gourhan, *Ibid.*). 65. Lascaux, (n.º 78 *Ibid.*). 66. Lascaux, (n.º 269 *Ibid.*). 67. Lascaux, (n.º 28, *Ibid.*). 68. Lascaux, (n.º 24 Graziosi, 1955). 69. Lascaux, (n.º 63, *Ibid.*). 70. Cosquer, (n.º 3, 61, Clottes-Courtain, 1992:92).

El análisis macroscópico

Los resultados permiten afirmar que: la forma de las figuras es más semejante que disímil, que la disimilitud nace de pequeñas diferencias en las longitudes y anchuras de las distintas partes, es decir de las proporciones de las partes, que las disimilitudes entre las partes y proporciones no son bruscas sino graduales, de modo que entre los grados extremos existen todos los grados intermedios y que las partes de la figura que sufren mayores variaciones son las del contorno dorsal y el cuarto trasero mientras que se atenúan mucho el vientre y el par delantero.

No puede hablarse de tendencias en sentido estricto. Algunos han supuesto que en las figuras de Ekain se tiende a exagerar la anchura y longitud del maslo, la elevación de la grupa y el afebramiento de la nalga y el muslo, exageraciones que a veces se engloban en la denominación de grupa caída. Sin embargo esta tendencia se puede observar también en otros santuarios no sólo del País Vasco (Santimamiñe) sino de todo el Cantábrico. Pero además esta posible tendencia está contrarrestada por la contraria, que se documenta en los mismos santuarios.

Hipótesis provisional

Como consecuencia del análisis macroscópico formulamos una primera y provisional hipótesis que supone: que las semejanzas y desemejanzas no son suficientes para atribuir las figuras a estilos distintos sino a variaciones de un mismo modelo o manera de representar y que las semejanzas y desemejanzas no se localizan en determinadas regiones o santuarios sino que están distribuidas en ellos al azar.

Consideraríamos que la hipótesis estaría confirmada si se constatará que: las diferencias de la forma entre todas figuras pintadas fueran del mismo género, que la forma de la mayoría de las figuras pintadas de un estilo fueran significativamente semejantes a la mayoría de las figuras de otro estilo o/y que unas figuras atribuidas a un estilo fueran significativamente diferentes de otras atribuidas al mismo estilo y que además, las condiciones previstas para las figuras pintadas se repitieran en las de las figuras grabadas.

Tratamiento estadístico de los contornos de las figuras pintadas

Hemos elegido una manera diferente de medir las figuras de la que utilizamos en otras ocasiones al estudiar figuras de ciervo (Apellániz, 1987) y de caballo (Apellániz, 1990), que consiste en tomar las inflexiones naturales como puntos de partida natural de la división en partes.

El eje que establecemos para referir a él las medidas es rectilíneo y que abarca la figura en sentido longitudinal, consiste en una línea que parte del ano y va hasta un punto del cuello situado en el centro de la línea que une el pliegue de las fauces con el encuentro. A esta medida la llamaremos longitud. Esta denominación no parece la más apropiada para todos los casos, como para la medida transversal de la nalga, del anca o del ijar no se suele denominar longitud sino anchura.

De los puntos centrales de las inflexiones de cada uno de los subcontornos dorsal y ventral, parten verticales que cruzan el eje central y alcanzan puntos aleatorios del contorno opuesto. La medida que atraviesa el eje central la denominamos altura. Hay partes cuyas medidas en sentido de arriba a abajo no se indican normalmente con el término altura, por ejemplo el maslo.

Todas las figuras presentan inflexiones en los dos contornos. Así, en el dorsal, una elevación en la grupa y una depresión en el dorso/lomo. En el ventral, el pliegue del ano, el arco que se forma entre la caída de la nalga y el corvejón, el pliegue del inguinal, la curva del

vientre, la cinchera y el encuentro. Hay una diferencia entre ambos. De ahí que la descripción del contorno dorsal se haga más mediante las variables originadas en el contorno ventral que en el suyo.

Las variables miden puntos que se relacionan entre sí gracias a que son referidos a un eje central, por lo que también miden la relación que hay entre ellos y además la que existe entre todos y la totalidad de la figura.

Las variables que nacen en diversos puntos del contorno dividen a éste en siete partes y puesto que cruzan el eje en vertical, también dividen el interior de la figura en otras siete. Estas divisiones no responden exactamente al natural pero son relacionables con él y describen adecuadamente la figura. Así, el contorno dorsal presenta en el natural cuatro partes: grupa, lomo, dorso y cruz y el interior nalga, muslo/anca, ijar y espalda, mientras que en nuestra medición está dividido en cinco. Cada parte no tiene siempre la misma longitud.

Las variables suman 22 y pueden verse en la Fig. I

Indicamos a continuación los términos que hemos elegido para agilizar la descripción y facilitar la comprensión de este análisis, ya que se tropieza con la dificultad de que se carece de términos específicos para describir los conceptos que vamos a manejar.

Esta es la nomenclatura y la parte a que se refiere: V1: maslo. V2: nalga. V3: postgrupa. V1-3-6: grupa. V4: arcocorva; V5: muslo. V6: pre-grupa. V7: babilla. V4-7-10: pata. V8: trentrasero. V9: lomo. V10: in-

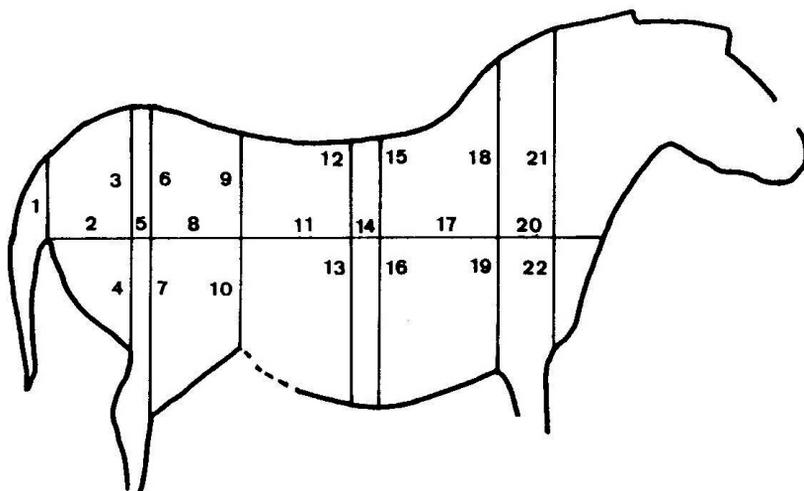


Figura I

guinal. V11: trastronco. V12: dorso. V13: postvientre. V14: mediotronco. V15: cruz. V12/15: dorsal. V6-9-12-15: dorsolumbar. V16: mediovientre. V17: antetronco. V18: postcuello. V18/21: cuello. V19: cinchera. V13-19: vientre. V19-22: antebrazo. V20: espalda. V21: mediocuello. V22: encuentro.

En la Fig. II presentamos un sencillo esquema general de las posibilidades de variación que experimentan las diferentes partes de la forma de las figuras. En él aparecen a ambos lados del contorno de la forma sendas líneas cortas paralelas que abarcan aproximadamente cada parte de la forma que se agranda y se eleva sobre la forma que sirve de modelo. Para expresar el alargamiento o encogimiento de la longitud del cuerpo de la figura hemos separado las partes que lo componen y las hemos convertido en flechas de doble sentido. Esta nos parece una de las maneras de indicar que aunque el eje tiene la misma longitud en todas las figuras, cada una de sus partes se alarga o encoge según los valores de las variables.

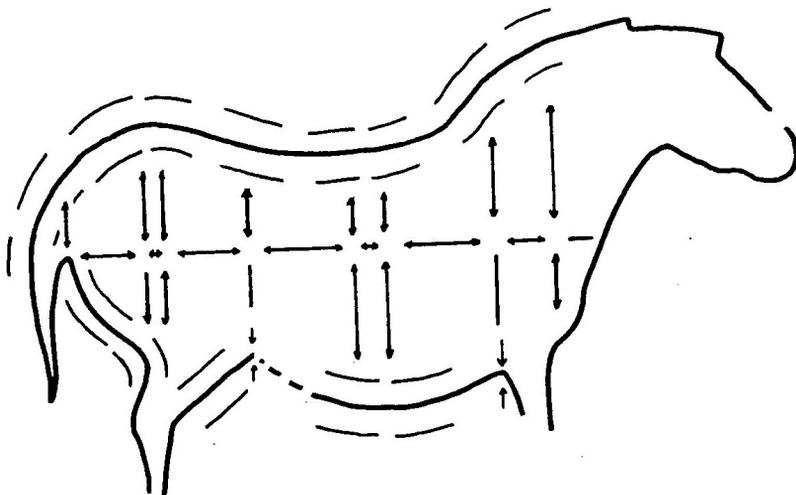


Figura II

Análisis de las medias de las variables

Los resultados indican que Ekain ocupa un lugar diferenciado sobre todo por la hipertrofia del tren trasero como si sus formas y sus proporciones fueran las más comunes, que Estilo III se sitúa en un lugar com-

pletamente opuesto al de Ekain, que el Cantábrico ocupa un lugar inmediato a Ekain y alejado de Estilo III y Cantábrico; aunque no presenta unos valores tan altos como Ekain, le sigue muy de cerca como si las diferencias entre ellos fueran de menor cuantía, que Francia ocupa frecuentemente un lugar intermedio entre los anteriores por lo general más próximo al Estilo III que al Cantábrico, que las diferencias entre los estilos son mayoritariamente semejantes a las que existen entre los tres grupos del Estilo IV y que las diferencias no se refieren sólo a la forma sino también a la proporción.

Análisis factorial de correspondencias simples

Partimos de un colectivo de figuras las cuales presentan un elevado grado de semejanza y a la vez un alto grado de desemejanza. La semejanza es explicable porque se trata de figuras de la misma especie animal y realizadas en un sistema artístico esquematizante de orientación naturalista dominante. Las desemejanzas consisten en general en pequeñas variaciones del contorno situadas en diferentes partes del mismo. El problema que nos planteamos consiste por lo tanto en descubrir cuál es la importancia, el tamaño y la frecuencia de la desemejanza. Para ello nos ha parecido que el análisis adecuado era el factorial de correspondencias simples.

Este trabaja con una matriz de datos en la que se recogen los valores de las 22 mediciones realizadas a cada una de las figuras. A partir de esa matriz pueden deducirse obviamente algunas conclusiones particulares de tipo descriptivo sobre cada figura o sobre cada una de las 22 variables, como se ha hecho, por ejemplo, a través del estudio de las medias.

Pero también es posible comprender todo el conjunto de datos en base a tan sólo unos pocos ejes o factores que como líneas maestras sean capaces de aglutinar en torno a sí a la mayor cantidad del «sentido» estadístico de tales datos. El objetivo de la técnica Análisis Factorial de Correspondencias simples es ese precisamente. Se rige por la Ley de la Parsimonia, es decir, por la reducción de la amplísima información contenida en una matriz de datos a unas pocas dimensiones llamados ejes o factores de forma que cada fila (en este caso, cada una de las figuras) y a la vez cada columna (en este caso las 22 mediciones) alcancen unas determinadas puntuaciones-coordenadas en tales ejes y, por lo tanto, queden ubicadas en uno u otro lugar del mapa factorial. Las coordenadas se calculan mediante la «Diagonalización» de una nueva matriz de datos de distancias j_i cua-

drado obtenida en base a la diferencia entre el valor de cada dato original y el valor que le correspondería tras el reparto estrictamente proporcional.

En ese mapa habrá puntos cercanos y otros que se encuentran muy distantes entre sí, lo cual permitirá constatar similitudes y desemejanzas. Cuando se trate de las variables, esa cercanía revelará cierta uniformidad entre las mediciones realizadas a las diferentes figuras. Y cuando se trate de dos o más figuras cercanas entre sí indicará un parecido entre ellas respecto a las mediciones que se les ha realizado. El mapa factorial aporta, por tanto, una visión gráfica con la que puede desenredarse la madeja estadística y vislumbrar así cómo se unen o cómo se separan las figuras y las mediciones.

Esta técnica estadística es tan sensible que cualquiera de las variaciones significativas es detectada y aun cuando cada figura en su conjunto tenga alta similitud con otras, la comparación definitiva resulta más inclinada a hacer sobresalir esas diferencias.

Como casi todas las figuras presentan esas variaciones propias y específicas en diferentes partes de la misma, el grado de semejanza global tiende a disminuir y, por contra, tienden a aparecer las diferencias puntuales, sobre todo las de mayor intensidad, por ejemplo.

Con este análisis pretendemos precisar además del valor discriminante de cada una de las variables, el de algunas en particular como la que mide la anchura del maslo, la cual influye decisivamente en la forma del extremo trasero de la grupa. Este interés se debe a que en el análisis macroscópico hemos observado que esta parte que se encontraba «hipertrofiada» en Ekain parecía caracterizar también a las figuras del Cantábrico, Francia e incluso a las del Estilo III. Creemos útil comprobarlo.

El colectivo sobre el que versan los análisis que siguen está compuesto por 62 figuras, es decir 8 menos que el colectivo que propusimos como objeto de estudio. Hemos suprimido a estos efectos 8 de las figuras iniciales. La razón de hacerlo ha sido la de que sus formas eran mucho más desemejantes que las de las restantes hasta casi parecer un poco singulares. Para evitar posibles deformaciones en el análisis las hemos dejado de lado y las retomaremos para una prueba posterior de confirmación.

En nuestras observaciones sobre los resultados del análisis nos referiremos a la posición que las variables y los individuos ocupan en los mapas factoriales. Haremos unas aclaraciones para los no habituados al lenguaje de este tipo de análisis. Los ejes-factores forman un sencillo sistema de coordenadas donde el eje-factor I = eje de abscisas y el eje-factor II = eje de ordenadas. En el eje-factor I

hay valores positivos, que obviamente se sitúan a la derecha y hay valores negativos que se encuentra a la izquierda. En el eje-factor II hay también valores positivos a los que denominaremos respectivamente «arriba» y «abajo», dado que esa es su posición lógica. Denominaremos coordenadas a las distancias a los ejes-factores. (Ver Calvo, F. 1993).

Para la realización de los cálculos, gráficos y detalles pertinentes de esta técnica estadística se podían haber utilizado diversos software o programas informáticos de estadística existentes: SSS, SAPO, AN-CORSIM, PROSTAD, etc. Se eligió este último, creado por el Dr. Félix Calvo, no sólo por constituir un programa completo y de sencilla utilización para los no iniciados dado que ofrece la posibilidad de realizar todo tipo de cálculos estadísticos desde los más primarios hasta los más avanzados, sino por haber sido complementado y perfeccionado específicamente para algunas necesidades propias de este análisis.

1. *Análisis del grupo de Ekain*

En la Fig. III presentamos un mapa factorial (ejes / factores I y II) en el que se resumen los principales resultados.

Este mapa, como los que acompañan a las demás distribuciones de variables y figuras, no recoge más que las variables de mayor poder discriminante en la determinación de las formas de las figuras, y deja de lado otras cuyo poder es menos elevado. El conocimiento detallado de en qué proporción cada variable determina qué parte de la forma se alcanza analizando el mapa factorial completo que forma parte de la documentación del estudio en el Anexo y que sirve de base a nuestras reflexiones.

En la Fig. IV presentamos un esquema de las variaciones de la forma características de Ekain. Este esquema tiene como base el contorno del caballo 8 de Ekain (en trazo grueso) y las variaciones que tal forma experimenta tanto para agrandarla como para empequeñecerla (en trazo delgado). Para ayudar a una más fácil comprensión visual de la peculiaridad de las variaciones de la forma de cada grupo remitimos a los esquemas de las Figs. II y I. En el primero se indican todas las variaciones posibles del contorno sobre el contorno que hemos tomado como modelo (caballo 8 de Ekain) y I donde aparecen numeradas las variables que se incluyen. En todos los análisis de los grupos, que siguen, presentamos este mismo tipo de esquema con sus variaciones correspondientes.

EJE/FACTOR II

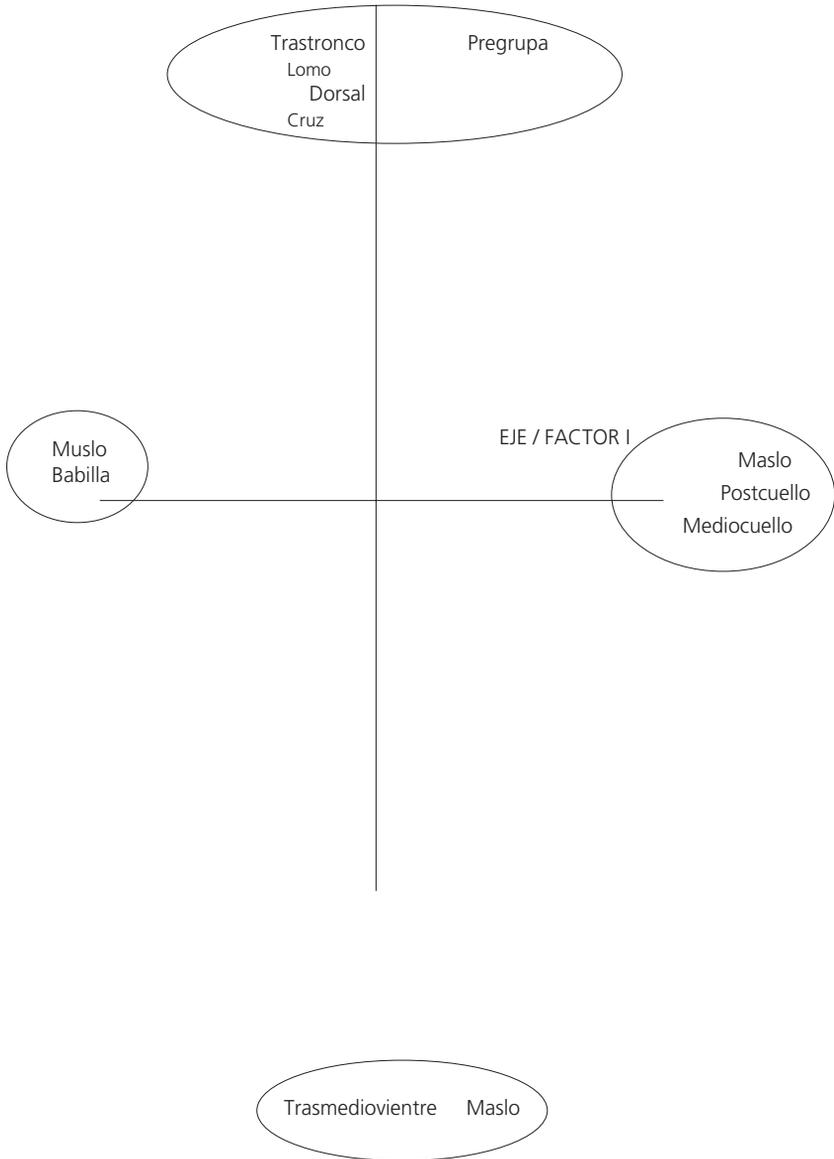


Figura III

Análisis de las figuras pintadas de Ekain

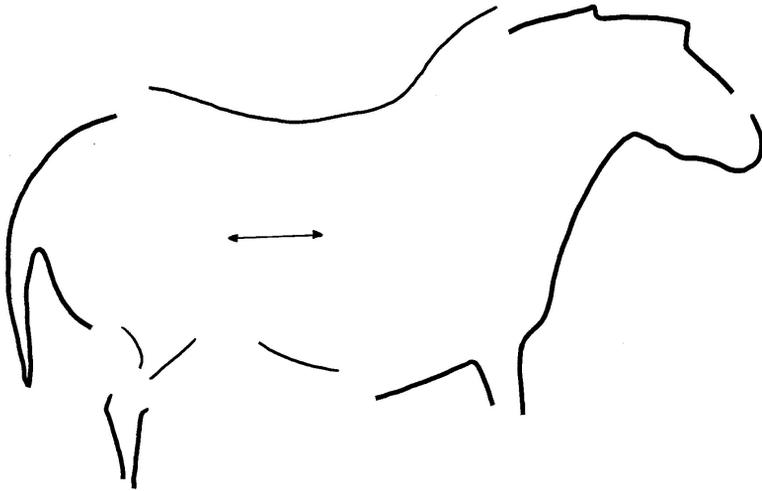


Figura IV

1. LOS EJES / FACTORES Y LOS CONJUNTOS DE VARIABLES

El mapa factorial completo de Ekain muestra que las variables se reúnen en dos grandes conjuntos. El primero, agrupado por el eje / factor I, describe el maslo (V1), el cuello (V18/V21), la babilla (V7) y el muslo (V5). El otro, agrupado por el eje / factor II, describe la pregrupa, el lomo y el dorsal (V6/V9/V12/V15) y el trastronco (V11), los extremos del contorno inferior del tren trasero (V4/10), el trasmedio vientre (V13, V16) y el maslo (V1). El maslo (V1) y el muslo (V5) son variables integradas por igual en ambos conjuntos.

En resumen, el análisis indica que las figuras de Ekain presentan un esquema compositivo básico y reconocible. Este consta por una parte de las variables V9, V12, V15 (lomo y dorso) y V11 (trastronco) de alto valor frente a las V13 y V16 (trasmediovientre), de bajo valor y por otra por las V18 y V21 (cuello), de alto valor frente a V4, V7, V10 (pata), de bajo valor.

Como puede verse en el mapa, los conjuntos incluyen tanto las variables que describen el contorno como las que describen la anchura o proporción de la figura. Esto significa que agrupan los dos componentes esenciales y necesarios de toda figura, la forma del contorno y la proporción de las partes que aquél determina.

En la inmensa mayoría de los casos las variables que describen partes contiguas del cuerpo, como el cuello, el dorsolumbar y la anchura

de diferentes partes de la figura, se agrupan entre sí. El hecho de que se agrupen precisamente las que describen partes anatómicas completas, parece indicar que las variables y su tratamiento estadístico son adecuadas para describir y explicar una figura que aparece compuesta por partes diferenciadas por su naturaleza. En efecto, cada variable tomada individualmente describe una parte pequeña del contorno, por lo que para describir partes anatómicas más completas se requieren varias variables juntas. Sin embargo se observa una excepción en el trato dado a la pata (V4,V7,V10), ya que sólo las variables de los extremos se agrupan y se separa la que describe la babilla.

No todas las variables presentan la misma fuerza explicativa aun perteneciendo al mismo conjunto. A parte de una oposición clara entre las variables principales de los conjuntos, existe una cierta gradación. Esta situación se interpreta como reflejo de que las figuras dentro de una similitud/disimilitud general presentan semejanzas/desemejanzas entre sí.

2. LAS FIGURAS

No todas las figuras se ajustan al patrón de poseer valores altos en algunas variables y bajos en otras. Su posición en los ejes factoriales indica el espacio o las coordenadas en las que se sitúa. Por ejemplo, la 2 respecto de la 11. Posee altos valores en las variables del dorsolumbar pero no tiene tan claramente definidas las variables en los que los valores son bajos. Lo mismo se podría decir de la 4 respecto de la 5.

Las figuras son caracterizadas por la importancia de algunas partes y la no importancia de otras. Las figuras 2, 3 y 10 se distinguen por la forma específica del dorso y el lomo (V3,V6,V9,V12,V15) así como del trastronco (11) pero también por la escasa importancia del inguinal y de la zona media y trasera del vientre (V10,V13,V16).

Las figuras 5 y 8 se caracterizan por la importancia del cuello (V18,V21) y del maslo (V1) y por la escasa importancia de la anchura del muslo (V5). La 9 por la importancia del arco de la corva y el inguinal (V4 y V10) y la escasa importancia de la grupa (V3,V6) y de gran parte del lomo y dorso (V9,V12,V15). La 11 se caracteriza por la importancia de la zona media y trasera del vientre (V13,V16) y por la escasa importancia del dorsolumbar (V3,V6,V9,V12,V15).

Además de esta caracterización genérica, cada una de ellas es caracterizada específicamente por una o dos variables y además por otras que actúan con menor potencia. Sólo la 2 y 3 se distinguen específicamente por la importancia de varias, idénticas y grandes partes del cuerpo: el lomo, el dorsal y el trastronco. En menor proporción por la posgrupa.

La 5 y la 8 están caracterizadas por el mediocuello y en menor proporción por el poscuello y el maslo. La 11 lo está por el posvientre, y en menor proporción por el mediovientre, el inguinal, el arco-corva y el maslo. La 4 lo está por la babilla y en mucho menor proporción por el arco-corva, el inguinal y el muslo. La 9 se caracteriza específicamente por el arco-corva y el inguinal y en menor proporción por la babilla, el posvientre y el mediovientre. Algunas como la 1 están caracterizadas por las partes del cuerpo menos diferenciadoras como la espalda, el antetronco y el antebrazo. En situación muy similar está la 7.

Como se puede ver la diferencia de la forma de las figuras se debe a dos causas principales:

- la mayor parte de las figuras están caracterizadas directa y específicamente por la forma de una parte del cuerpo no muy grande, la cual es descrita por pocas variables;
- la mayor parte de las figuras se caracteriza específicamente por partes anatómicas distintas. Unas más por el cuello, otras por la pata, otras por el dorso, etc.

En conclusión este análisis muestra que las figuras de Ekain respondiendo a un esquema básico común tienden a variar y diferir entre sí. Esta diferencia y por tanto esta peculiaridad consiste en que cada una es una combinación distinta en función de la diferente mayor importancia que tienen algunas de sus partes y de la proporción del tronco con la diferente menor importancia de otras distintas. Dicho de otro modo, las figuras de Ekain responden a un modelo único interpretado de forma diferente.

Como apoyo de estas consideraciones podemos decir que el estudio alcanza un poder de explicación acumulativo de 57,74%. Lo que quiere decir que estadísticamente el 42,26% depende de la propia peculiaridad de las variables y de su propia especificidad.

2. *Análisis del grupo del Cantábrico*

En la Fig. VI presentamos un mapa factorial (ejes / fact. I y II) en el que se resumen los resultados. En la Fig. V presentamos un esquema de las variaciones de la forma característica del Cantábrico.

1. LOS EJES / FACTORES Y LOS CONJUNTOS DE VARIABLES

Como muestra el mapa factorial del Cantábrico, el primer conjunto de variables, agrupado por el eje / factor I, está integrado por la nalga (V2),

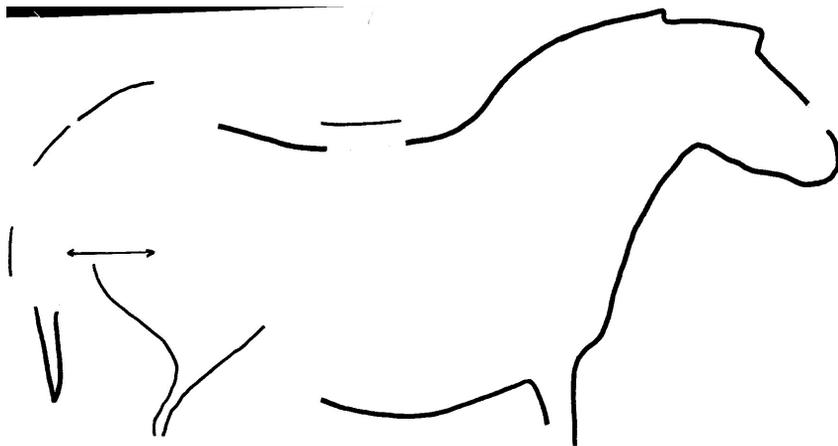


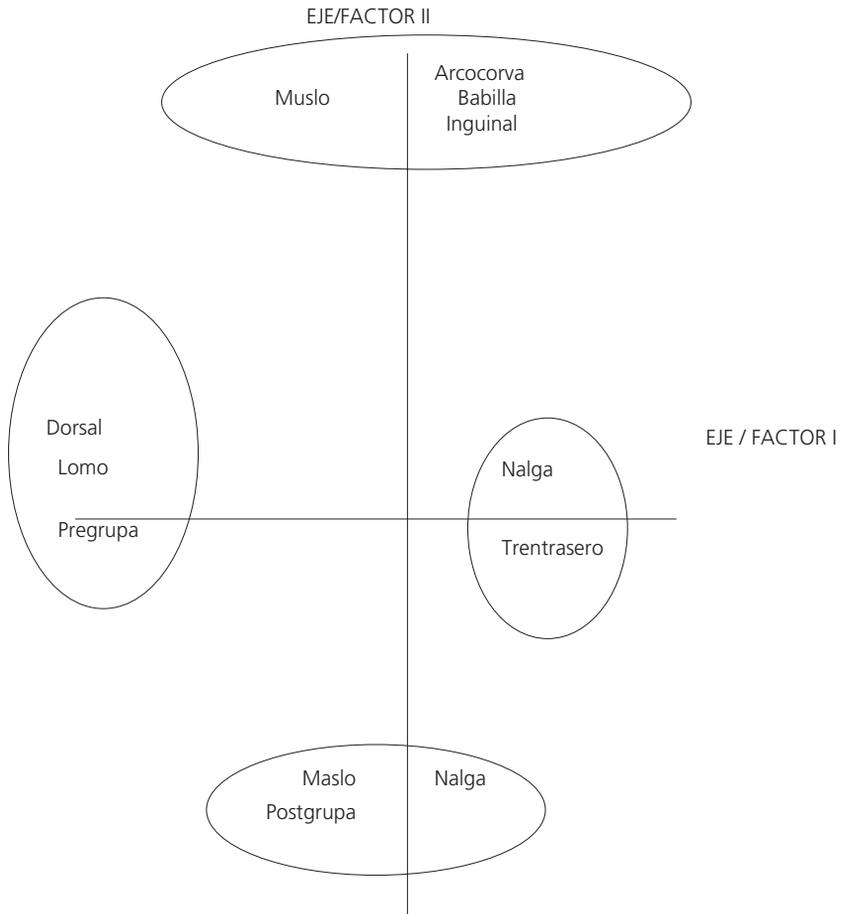
Figura V

el tren trasero (V8), el dorsal (V12,V15), el lomo (V9) y la pregrupa (V6). El segundo, agrupado por el eje / factor II, está formado por la pata (V4,V7,V10), el muslo (V5), el maslo (V1) y la postgrupa (V3), además de por la nalga (V2), cuyo valor comparte con el primer conjunto.

En el Cantábrico como en Ekain, las figuras están sometidas a un esquema básico y reconocible, compuesto por la oposición de partes del cuerpo distintas. El del Cantábrico consta por una parte de la nalga y tren trasero de alto valor frente a dorsal/lomo/pregrupa de bajo valor y por la otra, de la pata y el muslo de gran valor frente a la posgrupa y el maslo de bajo valor. De donde resulta que todas las figuras del Cantábrico son una combinación y oposición peculiar de grados de importancia o de no importancia de la nalga, tren trasero, dorsal/lomo/pregrupa, pata, muslo, posgrupa y maslo.

Como puede verse, los conjuntos incluyen tanto las variables que describen el contorno como las que describen la anchura o proporción de la figura. Esto significa que agrupan los dos componentes esenciales y necesarios de toda figura, la forma del contorno y la proporción de las partes que aquél determina.

Como en Ekain, no todas las variables poseen la misma fuerza explicativa. Esta situación se interpreta como reflejo de que las figuras dentro de una similitud / disimilitud general tienen también características propias que las diferencian del resto. Las figuras de este grupo no repiten las mismas formas en todas sus partes sino que forman diferen-

**Figura VI**

Análisis de las figuras pintadas del Cantábrico

tes combinaciones de diferentes partes. De esta forma se producen muchas combinaciones de formas y de partes que impide que haya dos figuras absolutamente iguales.

Cantábrico se parece a Ekain en que las partes del cuerpo más características de ambos grupos son en lo fundamental las mismas pero sus valores han cambiado en al menos cuatro aspectos. El primero, en que algunas de las partes anatómicas caracterizadoras de las figuras

de Ekain han desaparecido como tales en Cantábrico, por ejemplo el cuello (V18,V21), el trasmediovientre (V13,V16) y el trastronco (V11). El segundo, que algunas partes no tienen la misma o similar ubicación factorial, es decir, las mismas coordenadas. No se oponen entre sí en el mismo sentido, es decir, que aquellas que se ubicaban a derecha en Ekain se ubican a izquierda en el Cantábrico, por ejemplo el maslo, la pata, el dorso. El tercero, que el grado de discriminancia o caracterización es distinto, por ejemplo el de la pata. El cuarto, porque las partes características que se compartieron por los dos conjuntos de variables en Ekain no se comparten en el Cantábrico, por ejemplo la nalga (V2).

Como en Ekain, las variables que describen partes contiguas del cuerpo (dorsolumbar, pata) tienden a agruparse entre sí, aunque se puede exceptuar, como también ocurría en Ekain, una cierta fragmentación del dorsolumbar (V3 respecto de V6,V9,V12,V15). También como en Ekain, en el Cantábrico las variables agrupadas por los factores incluyen partes del contorno y partes de la proporción.

Como en Ekain, no todas las variables poseen la misma fuerza explicativa. Esta situación se interpreta como reflejo de que las figuras dentro de una similitud/disimilitud general tienen características propias que las diferencian del resto. Las figuras de este grupo no repiten las mismas formas en todas sus partes sino que forman diferentes combinaciones de diferentes partes. De esta manera se producen muchas combinaciones de formas y de partes que impide que haya dos figuras absolutamente iguales.

La forma de las figuras muestra notables diferencias, que se deben a que la mayor parte de ellas, además de estar caracterizadas por los conjuntos, lo están también y específicamente por una parte del cuerpo distinta y pequeña porque está descrita por pocas variables.

La importancia del maslo para caracterizar a las figuras es menor que en Ekain pero sigue siendo un valor fundamental.

2. LAS FIGURAS

Como ocurría en Ekain, tampoco en el Cantábrico todas las figuras poseen altos valores en unas variables y bajos en otras. Su posición en los ejes factoriales indica cuál es el espacio o las coordenadas en las que se sitúa. Sirva como ejemplo el caso de la figura 1 frente a la 12.

En Cantábrico no hay propiamente grupos de figuras como en Ekain. Los más numerosos sólo agrupan a dos, como el formado por la 1 y la 3 ó la 9 y la 10.

Además de estar caracterizadas en general por los conjuntos de variables, las figuras lo están además de forma específica y en diferente proporción por algunas variables. Así la V10 está caracterizada en primer lugar por tres, las cuales describen todo el contorno de la pata (V4,V7,V10). La 1 y la 3 lo están por el trentrasero y en menor proporción por la nalga (V2) y la posgrupa (V3). La 8 lo está en primer lugar por el maslo y la posgrupa y en menor proporción por el lomo y la pregrupa (V6,V9). Esto se interpreta en el sentido de que cada figura tiene más de diferente que de semejante con las demás.

Puede decirse que las figuras del Cantábrico, como las de Ekain responden a un único modelo de figura interpretado de forma diferente.

Este estudio alcanza un valor explicativo acumulativo del 52,63%. Es decir, un 47,37% de todo el «sentido» de los datos es propio y particular de las diferentes variables. En cierta forma, se puede traducir por un 47,37% de desemejanza y un 52,63% de semejanza.

3. *Análisis del grupo de Francia*

En la Fig. VIII presentamos un mapa factorial (ejes / factores I y II) en el que se resumen los resultados. En la Fig. VII presentamos un esquema de las variaciones de la forma características del Cantábrico. La documentación estadística completa del estudio 3 del Anexo.

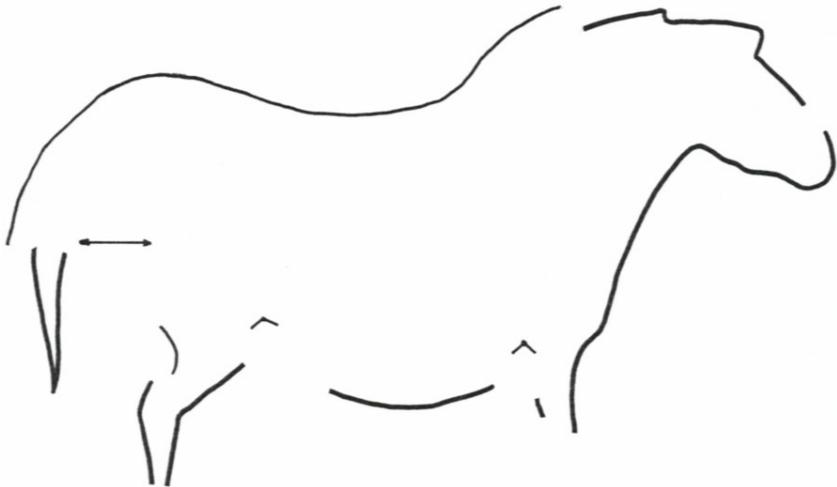


Figura VII

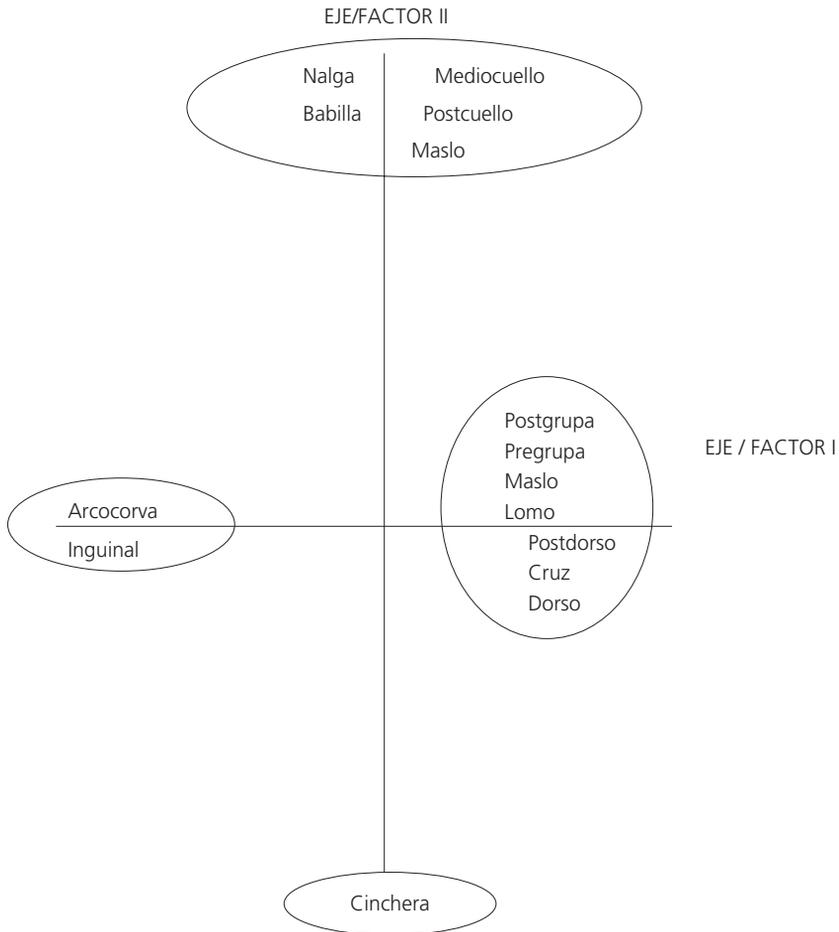


Figura VIII

Análisis de las figuras pintadas de Francia

1. LOS EJES / FACTORES Y LOS CONJUNTOS DE VARIABLES

Las variables se agrupan en dos conjuntos. El primero, agrupado por el eje / factor I, está constituido por el maslo (V1), compartido con el conjunto Iila postgrupa (V3), y el dorsolumbar (V6,V9,V12,V15), por el arcocorva (V4) y el inguinal (V10). El segundo, agrupado por el eje / factor II, está formado por el maslo (V1), éste compartido con el

conjunto I, el cuello (V18,V21), la nalga (V2) y la babilla (V7) y a la cinchera (V19).

En Francia como en el Cantábrico y Ekain, las figuras están sometidas a un esquema básico y reconocible, compuesto por la oposición de partes del cuerpo distintas. El de Francia está constituido por una parte por el maslo y el dorsolumbar de alto valor frente al arcorcorva y el inguinal de bajo valor y por la otra por la nalga, el cuello y la babilla de alto valor frente a la cinchera de bajo valor. De donde resulta que todas las figuras son una combinación y oposición peculiar de grados de importancia o de no importancia de la nalga, tren trasero, dorsal/lomo/pregrupa, pata, muslo, posgrupa y maslo.

Como en Ekain y Cantábrico, también en Francia las variables que describen partes contiguas del cuerpo (dorsolumbar, pata) tienden a agruparse entre sí, aunque también se documenta la tendencia, como también ocurría en los grupos anteriores a fragmentar alguna de las partes, en este caso la pata, por una parte en el arcorcorva e inguinal y en la babilla por la otra. La fragmentación de esta misma parte se ha descrito en Ekain.

También como en Ekain y Cantábrico las variables agrupadas por los factores incluyen partes del contorno y partes de la proporción, pero en Francia sólo en uno de los conjuntos.

Como en Ekain y Cantábrico, no todas las variables poseen la misma fuerza explicativa. Esta situación se interpreta como reflejo de que las figuras dentro de una similitud/disimilitud general tienen también características propias que las diferencian del resto. Las figuras de este grupo no repiten las mismas formas en todas sus partes sino que forman diferentes combinaciones de diferentes partes. De esta forma se producen muchas combinaciones de formas y de partes que impide que haya dos figuras absolutamente iguales.

La importancia del maslo para caracterizar a las figuras es idéntica a la de Ekain y mayor que la del Cantábrico. En Francia el cuello (V18,V21) vuelve a tener mayor importancia discriminante, como en Ekain. Por el contrario el trasvientre (V13) y el mediovientre (V16), pierden la que había tenido en el Cantábrico. En Ekain, Cantábrico y Francia la proporción de la nalga (V2) es muy importante, sin embargo la del muslo sólo es importante en Ekain y Cantábrico y la del trastronco sólo lo es en Ekain.

Las partes importantes y no importantes no se oponen entre sí en el mismo sentido, es decir, sus coordenadas han cambiado. Se trata de otro mapa o representación factorial. Aquellas que actuaban de una manera en Ekain o Cantábrico actúan de otra en Francia. Así aquí se oponen los altos valores del dorsolumbar a los bajos de los extremos de la

pata (V,V0) y los altos del cuello a los bajos de la cinchera. Esta oposición no es completamente rigurosa porque el cuello tenía también altos valores en Ekain.

El grado de caracterización de las partes es distinto; por ejemplo, el de la nalga, que en Francia no es compartido por los dos conjuntos como lo era en el Cantábrico.

El juego de las semejanzas y desemejanzas entre Francia y Ekain y Cantábrico se amplía notablemente porque Francia no se parece o diferencia de estos dos grupos como si ellos formaran un todo sino que en unos aspectos se parece a uno y se diferencia del otro y viceversa. Cada grupo es diferente de los demás y esa diferencia consiste no en tener aspectos que los demás no tienen sino en tener determinados aspectos en común con un grupo y determinados con otro. La semejanza fundamental que existe entre todas las figuras de los grupos está asegurada igual que la desemejanza pero ésta empieza a matizarse porque se demuestra que representa variaciones sistemáticas de un modelo no ligadas a los grupos y por tanto a la geografía.

2. LAS FIGURAS

La relación entre variables y figuras en Francia es idéntica a la conocida en los grupos anteriores. Un grupo de dos figuras, la 6 y la 12, puede decirse excepcionalmente caracterizado por seis variables, que describen el dorsolumbar. Otro de dos, la 10 y la 16, lo está por dos (V5,V19) aunque en diferente proporción. El resto de las figuras lo están cada una por dos o por una y sólo excepcionalmente por más. Así la 5 caracterizada por el cuello (V18,V21), en menor grado por la del maslo (V1), en menor aún por la nalga (V2) y por la babilla (V7). Caso similar presenta la 14 que lo está por la arcocorva (V4) y en menor proporción por el inguinal (V10).

Desde un punto de vista estadístico el estudio obtiene un valor explicativo acumulativo de 52,82%.

Puede decirse que el comportamiento estadístico de Francia en comparación con los de Ekain y Cantábrico es el mismo.

4. *Análisis del grupo del Estilo III*

En la Fig. XI presentamos un mapa factorial (ejes / factores I y II) en el que se resumen los resultados del análisis. En la Fig. X presentamos un esquema de las variaciones de la forma características del Cantábrico. La documentación estadística completa aparece en el estudio 4 del Anexo.

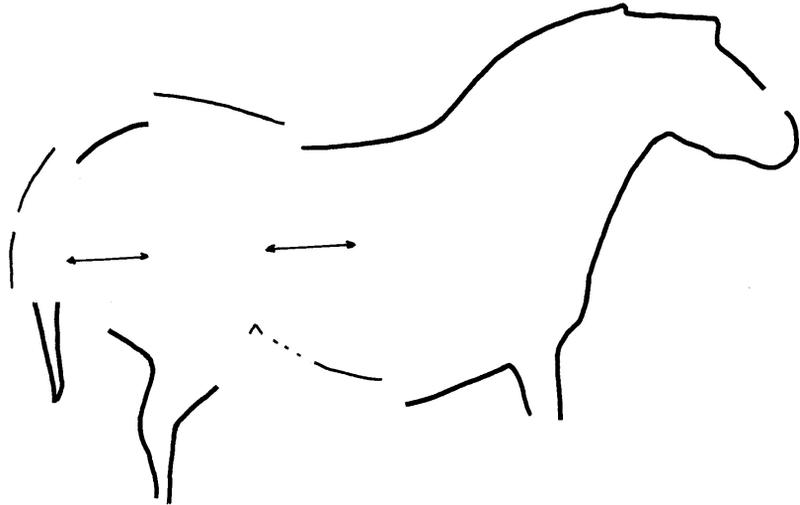


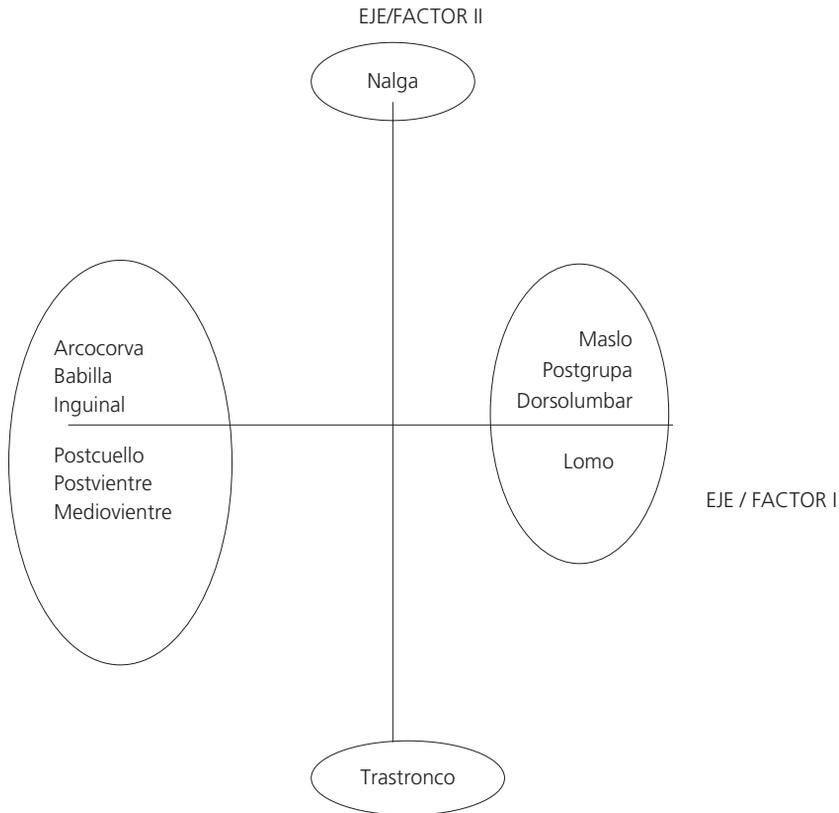
Figura IX

1. LOS EJES / FACTORES Y LOS CONJUNTOS DE VARIABLES

Como puede verse en el mapa factorial completo, las variables se agrupan en dos conjuntos. El primero, agrupado por el eje / factor I, está constituido por el maslo (V1), la postgrupa y el dorsolumbar (V6,V9,V12,V15), por la pata (V4,V7,V10), el poscuello (V18), el posvientre (V13) y el mediovientre (V16). El segundo está constituido por la nalga (V2) y el trastronco (V11).

En Estilo III, como en Francia, Cantábrico y Ekain, las figuras están sometidas a un esquema básico y reconocible, que está compuesto por la oposición de partes del cuerpo distintas y con distinto valor. El del Estilo III está constituido por una parte por el maslo (1) y el dorsolumbar frente a la pata (V4,V7,V10), el poscuello (V18), el posvientre (V13) y el mediovientre (V16) y por la otra por la nalga (V2) frente al trentrasero (V11). De donde resulta que todas las figuras estudiadas son una combinación y oposición diferente de grados de importancia o de no importancia de las partes descritas.

Las partes importantes y no importantes no se oponen entre sí en el mismo sentido que en los grupos anteriores. Sin embargo algunas son las mismas que en Francia. Así, el dorsolumbar aparece allí también oponiéndose a la pata, aunque no coincide en que se opone al poscuello, posvientre y mediovientre. Si se observa el mapa se notará que con la excepción dicha, el resto de las variables no se oponen en la misma

**Figura X**

Análisis de las figuras pintadas del Estilo III

forma en que lo hacen en Estilo III. La misma diferencia se advierte si se comparan los grupos anteriores entre sí.

En Cantábrico cada uno de los conjuntos incluye variables que describen el contorno y la proporción. En Ekain y Francia sólo uno de los dos conjuntos seguía esta tendencia. En Estilo III uno de los conjuntos contiene sólo las variables que describen el contorno y otro sólo las que describen la proporción.

Como en Ekain, Cantábrico y Francia las variables que describen partes contiguas del cuerpo (dorsolumbar, pata) se agrupan entre sí, pero en este caso a diferencia de los casos anteriores en éste no se produce fragmentación de ninguna parte del cuerpo.

Como en Ekain, Cantábrico y Francia no todas las variables poseen la misma fuerza explicativa. Esta situación se interpreta como reflejo de que las figuras dentro de una similitud/disimilitud general tienen también características propias que las diferencian unas de otras.

En Ekain, Cantábrico y Francia el antebrazo no presenta valor discriminante, pero puede notarse que las variables que describen el vientre presentan valor discriminante pero no todas a la vez y no en todos los grupos.

Como en Cantábrico, la importancia del maslo para caracterizar a las figuras es igual a la de otras partes. En Estilo III se pierde la importancia que en Francia tenía el mediocuello y la cinchera y se recupera el mediovientre, como la tenía en Ekain. La proporción del tren trasero vuelve a ser tan determinante como lo era en Cantábrico, en lo que se diferencia de Ekain y de Francia.

La combinación de las semejanzas y desemejanzas entre Estilo III, Francia, Ekain y Cantábrico se amplía más aún porque Estilo III no se parece o diferencia de estos grupos como si ellos formaran un todo igual u homogéneo sino que en unos aspectos se parece a uno y se diferencia del otro y viceversa. La diferencia entre unos grupos y otros consiste por tanto no en tener aspectos determinantes que los demás no tienen sino en tener unos aspectos determinantes en común con un grupo y otros con otro. La desemejanza aparece así como la consecuencia de variaciones a partir de un único modelo, variaciones que no están ligadas a cada grupo sino a cada figura.

2. LAS FIGURAS

La relación entre variables y figuras en Estilo III es la misma que la conocida en alguno de los grupos anteriores. Las figuras están caracterizadas en primer lugar por la oposición de las variables de cada conjunto, pero además lo están específicamente por alguna determinada. En este sentido no puede decirse que haya verdaderos grupos de figuras que estén caracterizadas por las mismas partes del cuerpo. La agrupación más numerosa consta de tres, la 3, 5 y 11 a las que caracteriza el maslo (V1), la pregrupa (V6) y el lomo (V9). Las demás constan de dos, como las 18 y 19 que se caracterizan por el inguinal y el trasvientre mediovientre, la 4 y 14 por la nalga y el trentrasero.

Cada figura además de por algunas partes específicas están caracterizadas en grado decreciente por otras. Así, en la 3, cobra mucha importancia la pregrupa (V6), el lomo (V9) y el maslo (V1) pero en menor proporción también está caracterizada por la posgrupa (V3) y el dorsal (V12,V15). La 5 lo está en primer lugar por el lomo (V9), pero

en menor y decreciente proporción por la pregrupa (V6), el maslo (V1) y en mucho menor proporción por la posgrupa y el dorsal. La 18 lo está en primer término por el trasvientre (V13) y el mediovientre (V16) y en menor proporción por el inguinal (V10).

Puede decirse que el comportamiento estadístico de Francia en comparación con los de Ekain y Cantábrico es el mismo

Las figuras de este grupo no repiten las mismas formas en todas sus partes sino que forman diferentes combinaciones de diferentes partes. De esta forma se producen muchas combinaciones de formas y de partes que impide que haya dos figuras absolutamente iguales.

Desde un punto de vista estadístico el estudio obtiene un poder explicativo acumulativo de 61,32%. Lo que de alguna manera quiere decir que el 38,68% refleja las desemejanzas y el 61,32% las semejanzas. En este sentido habría algo más de coherencia formal entre las figuras de este grupo que entre las de los tres anteriores.

5. *Análisis de los grupos en conjunto (N=62): Ekain, Cantábrico, Francia y Estilo III*

En la Fig. XII presentamos un mapa factorial (ejes / factores I y II) en el que se resumen los resultados. En la Fig. XI presentamos un esquema de las variaciones de la forma características del grupo. La documentación estadística completa aparece en el estudio 5 del Anexo.

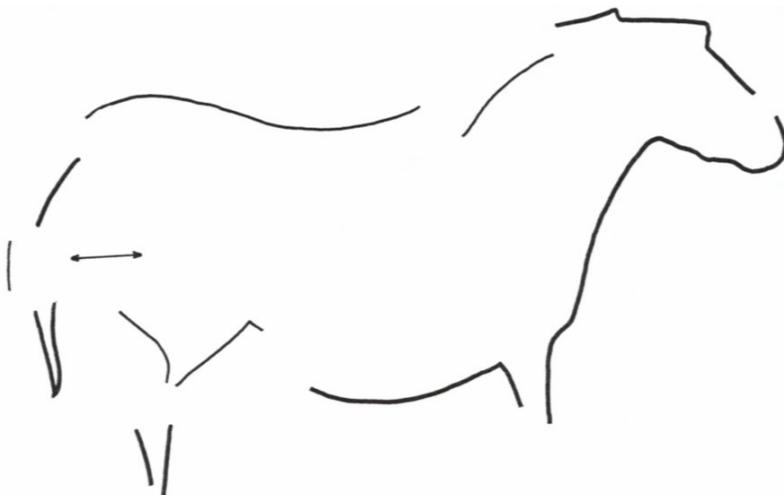


Figura XI

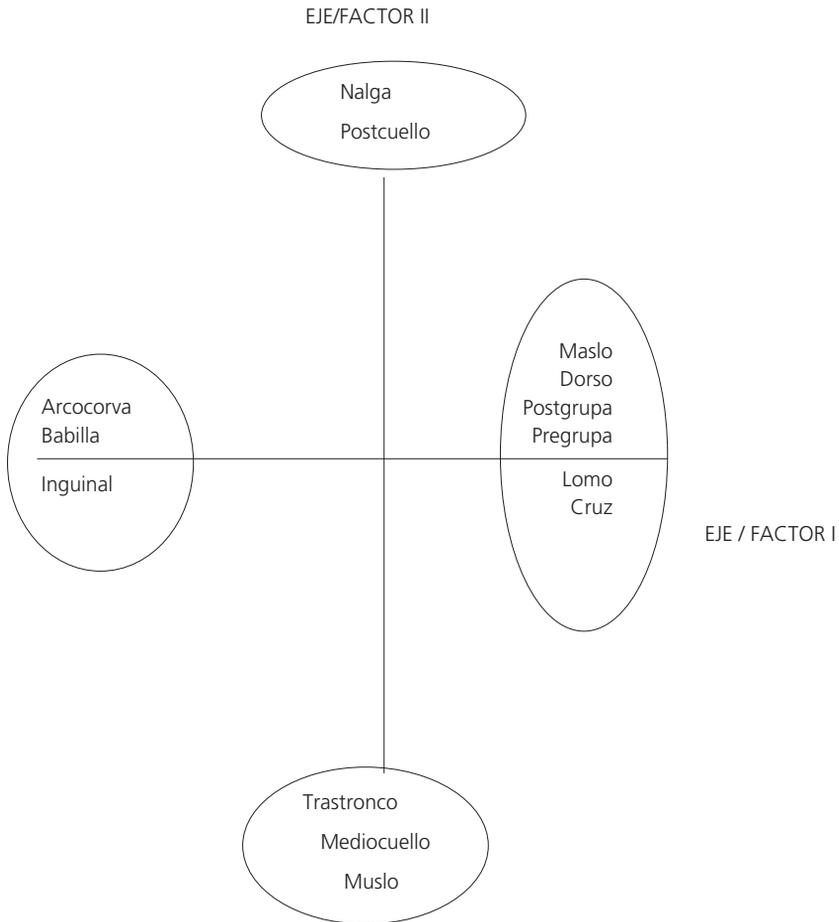


Figura XII

Análisis de las figuras pintadas de Ekain, Cantábrico, Francia y Estilo III (N=62)

1. LOS EJES / FACTORES Y LOS CONJUNTOS DE VARIABLES

Según se ve en el mapa factorial completo las variables se agrupan en dos conjuntos. El primero, reunido por el eje / factor I, está formado por el maslo (V1), la postgrupa, el dorsolumbar (V6,V9,V12,V15) y la pata (V4,V7,V10). El segundo, agrupado por el eje / factor II, está constituido por la nalga (V2), el poscuello (V18), el muslo (V5) y el trastronco (V11).

Como en los grupos, aquí también las figuras están sometidas a un esquema básico y reconocible, compuesto por la oposición de partes del cuerpo distintas y con distinto valor. En este caso está constituido por una parte por el alto valor del maslo y el dorsolumbar frente al bajo de la pata y por la otra por la nalga y el poscuello frente al muslo y la trastronco. Todas las figuras estudiadas son una combinación y oposición diferente de grados de importancia o de no importancia de las partes descritas.

Como en el colectivo completo las variables que describen partes contiguas del cuerpo (dorsolumbar, pata) se agrupan entre sí.

También a semejanza del anterior el antebrazo y el vientre no presentan valor discriminante alguno. Por el contrario, el mediocuello gana importancia.

En este colectivo a diferencia del anterior sólo uno de los conjuntos de variables agrupa las formas del contorno con la proporción del cuerpo.

Como en el anterior, no todas las variables poseen la misma fuerza explicativa. Esta situación se interpreta como reflejo de que las figuras dentro de una similitud/disimilitud general tienen también características propias que las diferencian unas de otras.

La importancia del maslo para caracterizar a las figuras es compartida por los dos conjuntos.

2. LAS FIGURAS

Se distribuyen con claridad en cuatro grupos diseñados por los factores:

El primero, correspondiente a la parte derecha del eje / factor I, está compuesto por las figuras 2,3,10 (Ekain), 19 (Cantábrico), 33 (Francia) y 44 y 46 (Estilo III), es decir por figuras de todos los grupos. Todo el grupo está caracterizado en primer lugar por la pregrupa y el lomo, en segundo por los de la posgrupa y el dorsal y en tercero por el maslo. Las figuras 19 y 44 están fuertemente caracterizadas por la pregrupa, algo menos lo están la 10 y la 33, ésta más que las anteriores por el dorsal y la posgrupa y en último término por el maslo. La 46 más caracterizada por el lomo lo está además por el muslo y el trastronco.

El segundo, correspondiente a la parte izquierda del eje / factor 1 está formado por las figuras 59, 60, 61, 57, 56, 58, 42 (Estilo III) y 24 y 35 (Francia). Se excluyen Ekain y Cantábrico. Están caracterizadas en primer lugar por el mediovientre y posvientre, en especial las 35,42, 24,58,59 y 56. Todas ellas pero sobre todo la 35 están ca-

racterizadas además por el inguinal y en menor proporción por la arcocorva y la babilla. Las figuras 60,61 y 57 los están también por la cinchera.

El tercero, ubicado en la parte derecha del eje / factor II está compuesto por las figuras 43,62,47 (Estilo III), 36 y 26 (Francia). Se excluyen Ekain y Cantábrico. Están caracterizadas la 43, 62 y 26 sobre todo por el poscuello y en menor proporción por la nalga, la 36 sobre todo por el mediocuello y la 47 por éste y por la arcocorva y la babilla. La figura más destacada es la 43.

El cuarto está compuesto por las figuras 55, 51, 54, 52, 45 (Estilo III) y 34 (Francia). Se excluyen Ekain y Cantábrico. Se caracterizan por el muslo y el trastronco. La 34 se caracteriza a su vez en una menor proporción por la cinchera.

6. *La distribución concéntrica de las figuras*

Según puede verse en el mapa factorial completo del Anexo representantes de todos los grupos ocupan posiciones centrales. En estas posiciones son mayoría los de Ekain y Cantábrico y minoría los de Francia y Estilo III. Las posiciones periféricas están ocupadas sólo por representantes de Francia y Estilo III, los cuales, además, son numerosos. Sólo en la parte derecha del eje / factor I los representantes de Ekain y Cantábrico ocupan posiciones periféricas pero lo hacen junto a representantes de Francia y Estilo III, en este caso poco numerosos.

Tomadas todas las figuras en conjunto, se advierte la tendencia a una ordenación periférica. Las posiciones centrales estarían ocupadas por Ekain y Cantábrico, Francia bordearía a estos dos grupos y a su vez sería bordeado por Estilo III, que ocupa siempre posiciones periféricas.

El valor explicativo acumulativo es de 51,77%, es decir prácticamente el mismo que el del estudio anterior. Lo que de alguna manera quiere decir que el 48,23% refleja las semejanzas y el 51,77% las disemejanzas. En este sentido habría algo más de coherencia formal entre las figuras de este grupo que entre las de los tres anteriores.

Comparaciones entre grupos y el total del colectivo:

Presentamos en la Fig. XIII un cuadro de comparación de las formas (variables) e individuos discriminantes de los grupos de Ekain, Cantábrico, Francia, Estilo III y del conjunto de todos ellos (N=62). Este cuadro se refiere a los mapas factoriales completos de cada grupo que figuran en el Anexo

Grupo	Eje / factor 1 derecha	Eje / factor 1 izquierda	Eje / factor 2 derecha	Eje / factor 2 izquierda
EKAIN	maslo, cuello Ind.: 5, 8	pata, muslo Ind.: 4, 9	pregrupa, lomo, dorsal Ind.: 2, 3, 10	posvientre, mediovientre, Ind.: 11, 9.
CANTABRICO	nalga, trentrasero Ind.: 3	pregrupa, lomo, dorsal Ind.: 7	pata Ind.: 9, 10	maslo, posgrupa Ind.: 1, 8
FRANCIA	maslo, dorsolumbar Ind.: 6, 12	pata Ind.: 14, 3	maslo, nalga, cuello Ind.: 5	cinchera Ind.: 13
ESTILO III	maslo, dorsolumbar Ind.: 3, 5, 11	pata Ind.: 18, 19	nalga Ind.: 21	trentrasero Ind.: 10
TOTAL	maslo, dorsolumbar Ind.: 44, 33, 2, 3, 10, 19	pata, posvientre, mediovientre Ind.: 59, 58, 56, 57, 42, 35, 24	nalga, cuello Ind.: 43, 62, 26, 47, 36	muslo, trastronco Ind.: 51, 52, 54, 55, 45, 34

Figura XIII

Variables e individuos ubicados en posiciones extremas de los ejes / factores por grupos y para el total

Consideraciones

Si cada grupo en particular presentaba sus propias características (merced, sobre todo, a variables concretas que variaban en una o dos figuras) el grupo total también lo hace dejando clara una confirmación: la forma de las figuras es muy sensible a variaciones con capacidad de originar desemejanzas visibles.

No resulta extraño que el conjunto general de los cuatro grupos presente un comportamiento estadístico diferente del de cada uno de ellos. Esto sucede en todos los estudios de este tipo.

Hay grupos o conjuntos de variables que se manifiestan como definidores del «caballo pintado», pero éstos varían significativamente se-

gún de qué grupo se trate. Es como comparar chinos con alemanes, bolivianos y somalíes. Todos son lo mismo pero las variables que los pueden discriminar tanto en cada grupo como en conjunto varían substancialmente. En el caso de los caballos, los cuatro grupos son estadísticamente uno aunque con diferencias y semejanzas reconocibles. Esto permite concluir que la forma general de las figuras no es necesariamente ni la del Estilo III ni la del IV.

Las figuras, en todo caso, presentan más semejanzas entre sí que desemejanzas lo cual demuestra que todas están realizadas bajo los principios formales de un modelo único. Pero las desemejanzas son tantas en todas las figuras como para suponer que cada una constituye una versión distinta del modelo.

Que las figuras se caracterizan y se diferencian unas de otras fundamentalmente por poseer alto o bajo valor numérico en una o dos variables, se debe interpretar como una variación, en principio pequeña pero significativa, de esa parte concreta de la figura, que refleja la variable. La técnica estadística utilizada es tan sensible que cualquiera de esas variaciones es detectada y aun cuando la figura en su conjunto tenga alta similitud con otras, la comparación definitiva resulta más inclinada a hacer sobresalir esas diferencias.

Como casi todas las figuras presentan esas variaciones propias y específicas en diferentes partes de la figura, el grado de semejanza global tiende a disminuir y, por contra, tienden a aparecer las diferencias puntuales.

No se trata de que un conjunto de figuras presente regularmente más cuello o más nalga. Esto supondría una cierta tendencia, es decir, una característica de una región, de un santuario, de un estilo o de un autor. Lo que aquí sucede es que las figuras presentan en distintas partes de su contorno formas que son diferentes de las que se encuentran en otra figura en las mismas partes. Es como repetir una figura que probablemente no se parecería total y absolutamente al original.

La figura consiste en un juego de variaciones en cuatro grados. Tienen mucha importancia las que actúan sobre la longitud de la nalga, el muslo, el trentrasero y el trastronco y sobre la forma del cuello, dorso-lumbar, maslo, y pata. Menor importancia tienen las que actúan sobre la forma del vientre. Prácticamente ninguna las que actúan sobre la cinchera. Ninguna las que actúan sobre la longitud del mediotronco y antetronco y sobre la forma del encuentro.

Desde la perspectiva estadística debe aclararse que las agrupaciones o diferencias pueden ser aleatorias, es decir que dependen del número de las figuras que se incluyan en el colectivo, pero no de su procedencia geográfica ni de su estilo.

CONVENIO Y LIQUIDACION CONCURSAL

Fernando Gómez Martín

Profesor Asociado de Derecho concursal
Universidad de Deusto. Bilbao

Sumario: 1. Fase de convenio. 1.1. Antecedentes prelegislativos. 2. El convenio. 2.1. Naturaleza jurídica. 2.2. Contenido del convenio. 3. Propuestas de convenio. 3.1. Evaluación de las propuestas de convenio. 3.1.1. Cumplimiento de requisitos generales. 3.1.2. Examen del plan de pagos. 3.1.3. Examen del plan de viabilidad. 3.2. Propuesta anticipada de convenio. 3.2.1. Plazo de presentación y contenido. 3.2.2. Prohibiciones. 3.2.3. Admisión a trámite. 3.2.4. Adhesión de acreedores. 3.2.5. Aprobación judicial de convenio anticipado. 3.3. Propuestas de convenio para junta. 3.3.1. Presentación y tramitación de las propuestas de convenio. 3.3.2. Junta de acreedores. 3.3.3. Oposición al convenio aceptado. 3.3.4. Aprobación judicial de convenio ordinario. 3.4. Vinculación al convenio. 3.5. Cumplimiento del convenio. 3.6. Incumplimiento. 3.7. Conclusión del concurso. 4. Derecho concursal derogado. 5. Efectos contables del convenio. 5.1. Sobre el deudor. 5.2. Sobre los acreedores. 6. Aspectos tributarios. 6.1. El crédito tributario y la convención concursal. 6.2. Responsabilidades tributarias. 6.3. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. 7. Créditos de la Seguridad Social. 8. Derecho transitorio. 8.1. Derecho concursal derogado. 8.2. Incumplimiento de convenio. 8.3. Propositiones de convenio y tramitación. 8.4. Sistema de recursos. 9. Fase de liquidación. 9.1. Antecedentes prelegislativos. a) Ministerio de Hacienda. b) Tesorería General de la Seguridad Social. c) Consejo General del Poder Judicial. d) Consejo de Estado. e) Memoria del Ministerio de Justicia. 10. Apertura de la liquidación. 10.1. Efectos. 10.2. Plan de liquidación. 10.3. Reglas legales supletorias. 10.3.1. Bienes y derechos litigiosos. 10.3.2. Derecho concursal mercantil derogado. 10.4. Prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa. 10.4.1. Derecho concursal mercantil derogado. 10.5. Informes sobre la liquidación. 10.5.1. Derecho concursal derogado. 10.6. Separación de los administradores concursales. 11. Pago a los acreedores. 11.1. Pago de créditos contra la masa. 11.2. Pago de créditos concursales. 11.2.1. Pago de créditos con privilegio especial. 11.2.2. Pago de créditos con privilegio general. 11.2.3. Pago de créditos ordinarios. 11.2.4. Pago de créditos subordinados. 11.2.5. Pago anticipado. 11.2.6. Derecho del acreedor a la cuota del deudor solidario. 11.2.7. Pago de crédito reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios. 11.2.8. Coordinación con pagos anteriores en fase de

convenio. 11.3. Derecho concursal mercantil derogado. 11.3.1. Pago de deudas. 12. Efectos contables de la liquidación. 13. Aspectos tributarios. 13.1. Disposiciones finales. 13.1.1. Responsabilidad Tributaria por sucesión empresarial o profesional. 13.1.2. Comprobación tributaria de valores. 13.2. Impuesto sobre el Valor Añadido. 13.3. Nueva Ley General Tributaria. 14. Derecho transitorio. 14.1. Conclusión y reapertura. 14.1.1. Causas de conclusión del procedimiento concursal. 14.1.2. Efectos de la conclusión de procedimiento concursal. 14.1.3. Reapertura. 14.1.3.1. Inventario y lista de acreedores. 14.1.3.2. Incumplimiento de convenio.

La nueva Ley procura el interés del concurso, sin concretar su alcance, y regula el convenio o la liquidación de manera coherente con dicho principio rector. Como aproximación al interés del concurso, en relación con las fases de convenio o de liquidación, conviene destacar su cita en un pasaje de la exposición de motivos¹ y en diversos preceptos².

¹ «La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses... La ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa».

² «Artículo 43. 1. En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso... Artículo 100. 1... Excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente y se acompañe informe emitido al efecto por la Administración económica competente, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites. 2. La propuesta de convenio podrá contener, además, proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos. También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores... Artículo 148. 2... el juez, según estime conveniente a los intereses del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan [de liquidación] en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones en función de aquéllas o

Puede identificarse el interés del concurso con la protección del deudor (persona natural o jurídica y la herencia), de los acreedores (créditos concursales y créditos contra la masa), y de los trabajadores, así como en la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes y servicios, es decir, se procura la defensa del marco socio-económico nacional, que tutela la Constitución Española de 1978 (libertad de empresa³ y pleno empleo⁴), para coadyuvar a la continuidad de las actividades empresariales o profesionales y el mantenimiento de los puestos de trabajo.

Finalizada la fase común, una vez transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la Secretaría del Juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, el Juez dictará resolución abriendo la fase de convenio o de liquidación, según proceda (art. 98 de la Ley concursal).

1. Fase de convenio

El cumplimiento del convenio es causa de conclusión del concurso, entre las previstas en el art. 176 de la Ley concursal⁵. De dicho instituto convencional me ocuparé, además de sus posibles efectos contables y tributarios, para finalizar con el derecho transitorio.

1.1. Antecedentes prelegislativos

Al Borrador de Anteproyecto de Ley concursal, presentado por la Ponencia Especial de la Comisión General de Codificación, en septiembre de 2000, se refieren las siguientes notas, después de espigar los informes de algunos departamentos ministeriales:

acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. Artículo 149.1... 1.ª El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos...

³ Artículo 38. *Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*

⁴ Artículo 40. 1. *Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo...*

⁵ Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (BOE número 164, de 10 de julio).

«6.º) En cuanto a la suscripción de acuerdos y convenios por la Hacienda Pública, la DF 8.ª de la Propuesta recoge una nueva redacción del artículo 39 de la LGP, en términos muy parecidos a los recogidos por la modificación de la Ley 55/99, de 29 de diciembre, que daba nueva redacción a sus párrafos 2.º y 3.º. En consecuencia, se reconocen dos posibles vías convencionales: a) Un acuerdo separado al convenio sobre condiciones particulares del pago del crédito de la Hacienda Pública; b) La suscripción del convenio adoptado en el seno del procedimiento concursal en sus propios términos, o bien la adhesión antes de la declaración judicial de cumplimiento. Dos problemas se plantean en la inserción de esta norma en la propuesta: a) El régimen de suscripción o adhesión al convenio, por remisión de los artículos 122, 2 y 3, 124 y 133.2, habrá que entenderlo referido a las condiciones de acreedor ordinario y acreedor privilegiado respectivamente. Ahora bien, **nada se dice sobre el acuerdo separado. Acuerdo que, limitado a las condiciones mínimas impuestas en el convenio, podría recoger la totalidad del crédito tributario reclamado, salvándose, en su caso, con la correspondiente cláusula de enganche en el Convenio principal;** b) Esta especialidad de la adhesión al convenio por parte de la Hacienda Pública es especialmente relevante, puesto que conforme al Derecho interno y comunitario, la suscripción de este tipo de convenios puede ser considerado ayuda pública. Y, por ello, sometido a la correspondiente notificación y aprobación de las autoridades competentes. Siendo, además, el juez nacional garante del cumplimiento de este régimen de notificación. Sin embargo, nada dice la propuesta sobre este extremo. Y, por contra, recoge la prohibición expresa de condiciones de ninguna clase (artículo 100.1), aunque admite excepciones en su párrafo 20 (entre las que no se encuentra la ahora examinada). Ni, por supuesto, se hace la mínima mención sobre los criterios o documentación precisa para la aprobación de este tipo de medidas de reestructuración, como las recogidas en las directrices de la Comisión Europea en su Comunicación 1999/ c 288/02, publicada en el DOCE del 9 de octubre de 1999.

«10. FASE DE CONVENIO.—Se avanza sustancialmente respecto de la regulación actual, especialmente por lo que se refiere a la eliminación del convenio de liquidación extrajudicial con cesión de bienes para pagos a los acreedores. No obstante, y debido al carácter iusprivatista del Anteproyecto, a la hora de regular las adhesiones a la propuesta de convenio, no se contempla el que ésta se verifique mediante documento público expedido por autoridad o funcionario competente (sólo habla de acta notarial o de escrito con firma legitimada). Por otra parte, la adhesión a la propuesta anticipada de convenio plantea para la Hacienda Pública importantes incertidumbres debido a que se verifica sobre la lista provisional que presenta el deudor, por lo que queda a merced de éste, la fijación de la parte del crédito de la Hacienda Pública que tiene carácter ordinario y la parte que tiene carác-

ter privilegiado. Se deduce del anteproyecto que la mayoría para aprobar el convenio es la del 50% del pasivo ordinario.

11. **PROHIBICIONES.**—*Llama la atención que prohíba presentar propuesta anticipada de convenio al concursado que hubiera sido condenado por delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico o de falsedad, pero no a quien hubiera sido condenado por delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, que normalmente son los que más sufren las consecuencias de la insolvencia del deudor. Es decir, que un deudor condenado por alzamiento de bienes a un acreedor particular no podrá presentar propuesta anticipada de convenio, pero sí, si hubiera sido condenado por delito de defraudación tributaria o delito contable.*

12. **CONVENIOS SINGULARES DE HACIENDA CON LOS DEUDORES.**—*Nada dice el anteproyecto concursal de la posibilidad de que la Hacienda Pública pueda celebrar convenios singulares con el deudor, al menos en los supuestos de no liquidación y por la parte que corresponde a su crédito privilegiado. En general, la figura de los convenios singulares, que no se suprime del todo, queda bastante mermada, lo que tendrá su coste económico en recuperación de deuda pública. De hecho, los convenios singulares, en tanto que los aplazamientos, han sido un instrumento muy útil en el pasado para favorecer la continuidad de no pocos proyectos empresariales y, en determinados casos, han implicado la renuncia total o parcial a sus privilegios por parte de la Hacienda Pública.*

13. **DELIBERACION y VOTACION DE CONVENIOS.**—*En este ámbito, preocupa que no tengan derecho a voto en la Junta los titulares de créditos subordinados, lo que afectará a la Hacienda Pública por el importe de intereses de demora y sanciones tributarias. Asimismo, en cuanto al cobro también preocupa la aludida suspensión de tal derecho para los créditos litigiosos, porque puede afectar a las liquidaciones tributarias impugnadas en vía administrativa o contencioso-administrativa».*

Sobre el Anteproyecto de Ley concursal, preparado por el Ministerio de Justicia, de fecha septiembre de 2001, he seleccionado la siguiente información:

En la memoria elaborada por el Ministerio de Justicia, se indica:

«Sin duda, una de las fundamentales novedades del Anteproyecto de ley Concursal es la existencia de un único procedimiento que, naturalmente, puede admitir dos soluciones: el convenio o la liquidación. Dentro de dichas soluciones, el Anteproyecto favorece indudablemente el convenio, admitiendo su presentación y tramitación anticipada, a efectos de que se apruebe lo antes posible, y planteando la liquidación como una solución subsidiaria para cuando no se consiga o se frustre el convenio. Ahora bien, esta preferencia por el convenio tiene las ló-

gicas limitaciones de que nunca se puede imponer al concursado, el cual tiene que aceptarlo y, por lo tanto, puede optar desde el inicio por la liquidación; ni tampoco a los acreedores, que deben adoptarlo con las correspondientes mayorías. Por otra parte, y dada la unicidad del procedimiento concursal antes destacada, se delimitan muy claramente las fronteras entre el convenio y la liquidación en un triple sentido:

- a) *Limitando el contenido de los convenios en cuanto al importe de la quita y la duración de la espera, para evitar que, por el juego de las mayorías, se puedan imponer a los acreedores convenios que supongan un sacrificio excesivo de sus créditos.*
- b) *Evitando convenios que supongan la aparición de créditos preferentes que, de hecho, burlen el interés de los acreedores concursales; a tal efecto, se establece que cuando en el convenio se prevea la obtención de recursos para la financiación del plan de viabilidad, estos nuevos recursos solamente puedan ser devueltos una vez atendidas las obligaciones del convenio con los acreedores concursales.*
- c) *Prohibiendo las liquidaciones encubiertas bajo un convenio, al no admitir aquéllos que supongan adjudicación de bienes y derechos en pago o para pago de deudas o directamente la liquidación del patrimonio del concursado. La experiencia demuestra que estas liquidaciones extrajudiciales convenidas han originado notables abusos en perjuicio especialmente de los pequeños acreedores no representados en las comisiones liquidadoras.*

Estas medidas restrictivas no son, en modo alguno, contradictorias con el principio de preferencia por el convenio y, sobre todo, por la conservación de los patrimonios empresariales».

El Colegio de Abogados de Madrid, con fecha 22.10.2001, informa:

«Frente a estos convenios de espera, de quita o mixtos, se propugna la incorporación al Anteproyecto del principio de libertad de contenido del convenio. El deudor y los acreedores concursales deben poder alcanzar, en el seno del juicio universal, cualquier clase de convenio. Esta es la solución que sigue ahora la práctica, y esta es también la solución que conviene mantener en el futuro. No puede desconocerse, ciertamente, que, al amparo del principio de libertad de contenido de convenio, se han cometido, y se siguen cometiendo, importantes abusos en la práctica. Pero tampoco puede desconocerse que, contra esos abusos, el «Anteproyecto de Ley Concursal» de 2001 podría incorporar un medio de reacción particularmente eficaz. Nos referimos a la obligación de cobertura, total o parcial, del pasivo concursal, que se impondría por el Juez, en los casos de concurso culpable, a los administradores (y al socio dominante) de la sociedad insolvente. Según lo establecido en el Anteproyecto, no procede la formación de la sección de calificación del concurso cuando el convenio contenga una

quita inferior a un tercio del importe de los créditos ni una espera inferior a tres años (art. 162.1-1°). En los demás casos —y, obviamente, en aquellos en los que el convenio no suponga un sacrificio moderado de los acreedores— la sentencia de calificación podría condenar a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que, como consecuencia del convenio, no perciban en el concurso. Esta solución se contiene en el Anteproyecto únicamente para los administradores, de derecho o de hecho, y para los liquidadores de la sociedad concursada cuando el concurso termine por liquidación, y no por convenio (art. 171.3). Pero podría —y debería— extenderse (como hace la «Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal» de 1995: art. 213.2) a aquellos supuestos en los que el convenio comportara un sacrificio excesivo (v.gr.: quita superior al cincuenta por ciento, espera superior a cinco años, etc.)».

El Consejo General de la Abogacía Española, con fecha 14.11.2001, informa:

«El artículo 117.1 de la Ley Concursal, sobre el derecho de asistencia a la Junta de acreedores, que contempla la posibilidad de que los acreedores asistan personalmente, mediante apoderado o representado por el Procurador comparecido en el concurso, siempre que esté expresamente facultado para asistir a estas Juntas, no hace referencia a la posibilidad de que esos acreedores, asistan directamente o representados, puedan estar asistidos de abogado. Y puede ser útil que asistan con su abogado y que sea éste quien intervenga o le aconseje. Ante este silencio, el Juzgado puede negar la presencia y la palabra de tales abogados. Para evitarlo debería añadirse al artículo 117.1, como inciso final, lo que se indica: 117.1. Los acreedores que figuren en la relación de incluidos del texto definitivo de la lista tendrán derecho de asistencia a la Junta, pudiendo hacerlo asistidos de Abogado para que haga uso de la palabra o les aconseje en el desarrollo de la misma».

El Consejo Económico y Social, con fecha 7.11.2001, informa:

«Respecto al apartado 1 de este artículo [99], sobre las proposiciones de quita o de espera que deberá contener la propuesta de convenio, el CES considera que entra a regular de manera excesivamente prolija aspectos como los plazos de la espera, más propios de la negociación de las partes o de la decisión del juez que del contenido de una ley, por lo que cree que deberían suprimirse estas referencias temporales. En cuanto al segundo apartado, en lo relativo a las proposiciones alternativas que deberá contener la propuesta de convenio, el Consejo opina que debiera hacerse una salvedad a la prohibición de cesión de bienes por parte del deudor en pago de sus créditos, para permitir este tipo de operaciones cuando estén destinadas a asegurar la viabilidad de la empresa. No obstante, resulta reseñable el hecho de que en aras de re-

forzar la posibilidad de convenio el Anteproyecto proponga a todos los acreedores, o para los de una o varias clases, la alternativa de convertir sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos.

*Respecto a la necesidad de facilitar la elaboración de un plan de viabilidad que favorezca la posibilidad de convenio, el CES estima conveniente prestar especial atención a las necesidades financieras que podrían derivarse de la puesta en marcha de dicho plan. Al respecto, el CES juzga necesario revisar la prelación de créditos, puesto que según el Anteproyecto, apartado 4 de este artículo, **los créditos que necesite la empresa concursada para poner en funcionamiento el plan de viabilidad sólo podrán satisfacerse una vez pagados todos los créditos privilegiados y ordinarios, hecho que podría dificultar la obtención misma de dichos créditos.***

El Consejo no comparte la justificación de la posibilidad de que, una vez aceptado por la Junta, el juez pueda rechazar de oficio el convenio si apreciare la existencia de infracción legal en la constitución de la Junta, en su celebración o en el contenido del convenio. En opinión del CES, el control de legalidad sobre el fondo del convenio no debe sustanciarse en esta fase, sino en la fase de admisión a trámite, regulada en el artículo 113.

Este artículo [131] establece la publicidad de la sentencia aprobatoria en los mismos medios e instancias registrales previstos para la declaración de concurso, sin que se prevean, en cambio, disposiciones especiales en cuanto a la forma de financiación de dicha publicidad. El CES entiende que debería homogeneizarse el tratamiento de la financiación de la publicidad de las decisiones relevantes en el procedimiento del concurso, por lo que debería extenderse a la publicidad de las sentencias el régimen de gratuidad previsto para la publicidad del edicto en el artículo 22 del mismo Anteproyecto».

El Consejo General del Poder Judicial, con fecha 6.11.2001, informa:

*«Del contenido de esta Sección interesa destacar la introducción de la que ha sido denominada por la doctrina como «técnica de moralización», consistente **en limitar las propuestas de quita** (no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de los créditos ordinarios) **y de espera** (de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio). La previsión del apartado II del art. 99.2 del Anteproyecto resulta, quizás, **excesivamente restrictiva de la propia libertad de los interesados en la negociación de la propuesta de convenio, debiéndose disponer una mayor libertad en esta materia**, disponiéndose, en cualquier caso, las necesarias excepciones fundadas en razones de orden público y protección de terceros.*

*Asimismo, merece mención específica las disposiciones que establecen que **las propuestas de convenio deben presentarse siempre acompañadas de un plan de pagos**, y que cuando para atender al cumpli-*

miento se prevea contar con los recursos que genere la continuación (...) de la actividad (...) la propuesta deberá ir acompañada, **además, de un plan de viabilidad, medidas que parecen razonables, aunque difíciles de llevar a la práctica si la propuesta de convenio procede de los acreedores.** Debería prescindirse de la rigidez del Convenio, sin que ello suponga establecer un principio de libertad absoluta por los problemas que ello podría acarrear.

Se prevén cinco causas de prohibición, incluyéndose en la última de ellas, a su vez, hasta cinco modalidades de actos cuya comisión daría lugar a la operatividad de aquélla. Parece claro que en el establecimiento de todas estas causas late la idea común de establecer un estándar mínimo de garantía de cumplimiento del convenio, o, si quiere, la definición y precisión de las circunstancias que permitieran presumir objetivamente que el deudor está dispuesto a asumir y en condiciones de cumplir los compromisos derivados de una propuesta anticipada de convenio.

Entre estas prohibiciones se encuentra la clásica penalización por incumplir el deber de solicitar la declaración de concurso, o la más peculiar de no figurar inscrito en el Registro Mercantil cuando se trate de persona o entidad de inscripción obligatoria, lo que ha merecido ya alguna crítica doctrinal por aplicar a la falta de inscripción determinada sanción que nada tiene que ver con la técnica registral.

Como ha quedado señalado el régimen de la propuesta anticipada de convenio se contiene en la Sección 3.^a del Capítulo correspondiente (arts. 103 a 109), entre la Sección que se ocupa del régimen general de la propuesta de convenio (arts. 98 a 102) y las que tratan de la propuesta ordinaria y la Junta de acreedores (arts. 110 a 131). Pero ese régimen resulta insuficiente por cuanto que existen normas contenidas en otras Secciones que, ante las frecuentes lagunas que se aprecian en la regulación específica de la propuesta anticipada, necesariamente tiene que ser aplicadas, a pesar de que dichas normas se encuentran redactadas para la emisión del voto en la Junta de acreedores y no para la adhesión escrita —y también anticipada— de los acreedores (vid., por ejemplo, el art. 121). Y también es insuficiente porque **no está prevista la posibilidad de impugnación del Convenio anticipado que haya sido aprobado por el Juez.** Por supuesto, no puede aplicarse a esta modalidad el régimen de la oposición a la aprobación judicial del Convenio votado en Junta de acreedores (art. 127); pero el Anteproyecto debería contener alguna norma específica para el caso de que la propuesta anticipada hubiera recibido adhesiones decisivas de quienes no fueran titulares legítimos de los créditos o dichas adhesiones se hubieran obtenido mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios (art. 127.1).

Se aprecia la omisión de las consecuencias a que deba dar lugar el incumplimiento del convenio, a cuyo respecto este Consejo estima que se mantiene, pues, la situación de la LSP, puesto que la previsión de

que la declaración del incumplimiento deberá tramitarse por el incidente concursal, situación que, al margen de resultar escasamente operativa, no parece satisfactoria. Toda vez que se prevé la aprobación del convenio por sentencia, sin perjuicio de la observación realizada a este respecto, parece lógico que la consecuencia debería ser la eficacia ejecutiva de la sentencia o, en su caso, como se propone por este Consejo, del auto aprobatorio del convenio, derivándose de dicha ejecutividad las necesarias consecuencias, sin perjuicio de la salvaguarda de los intereses legítimos que pudieran verse afectados por el carácter ejecutivo del convenio».

El Consejo de Estado, con fecha 23.03.2002, informa:

«Todo el Anteproyecto, pero singularmente el régimen del convenio..., está animado por el positivo deseo de impulsar el procedimiento concursal, agilizar su tramitación y permitir una rápida reacción frente a situaciones de crisis o insolvencia, así como de impedir que el proceso judicial comporte unas dificultades añadidas a las ya generadas en las relaciones entre el concursado y los acreedores.

La valoración del Consejo de Estado sobre esa orientación general de las fases de convenio y liquidación, tal como están configuradas en el Anteproyecto, es positiva, porque, a una situación de conflicto compleja, donde se combinan intereses diferentes y a veces cruzados, el texto aporta soluciones claras y prácticas, que responden al mismo tiempo a un modelo teórico muy meditado y bien armado, que mejora, tanto en el diseño general como en cada una de sus partes, la desordenada, inadecuada y arcaica regulación vigente.

—El artículo 99 impone un contenido a las propuestas de convenio: «sin perjuicio de que el Gobierno pueda introducir excepciones en relación con empresas en crisis vinculadas a sectores en proceso de reestructuración», siendo conveniente que se precise el instrumento a utilizar para introducir esta excepción —Real Decreto o Acuerdo— y si se trata de una excepción para un caso singular o para todo un sector.

—El artículo 105, número 3, regula cuándo debe rechazarse por el Juez la admisión a trámite de las adhesiones presentadas, pero olvida una contemplada en el artículo anterior: «cuando el deudor esté incurso en alguna prohibición».

—El artículo 113, número 1, afirma que «si estuviese solicitada la liquidación, el Juez rechazará la admisión a trámite de cualquier propuesta», debiendo aclararse que sólo está obligado a hacerla si la liquidación es pedida por el concursado, pero no necesariamente si lo solicitaran los acreedores (véase artículo 141, número 4). En el mismo artículo 113, apartado tercero, se afirma que «no habiéndose presentado dentro del plazo legal que marca este artículo ninguna propuesta de convenio» y debería decir «que marca el artículo anterior» o predicarlo, no de la presentación de propuestas, como parece ahora, sino de su admisión.

—El artículo 114, número 3, que se ocupa de la tramitación de las propuestas, no representa la mejor ubicación para el inciso «salvo en el caso previsto en el apartado 2 del artículo 109, las adhesiones serán irrevocables, pero no vincularán el sentido del voto de quienes las hubieran formulado», que, por razones sistemáticas, estaría mejor situado en el artículo 102, dedicado precisamente a las adhesiones.

—El artículo 116, número 2, enuncia el deber del concursado de asistir a la Junta, pero no prevé las consecuencias de su incumplimiento.

—Por último, el artículo 117, número 2, prohíbe que sean apoderados el concursado y «personas especialmente relacionadas con éste, aunque sean acreedores», concepto quizá demasiado vago que convendría objetivar».

2. El convenio

La nueva Ley concursal regula el convenio en los artículos 98 a 141, objeto de tramitación en la sección quinta del procedimiento de concurso (art. 183.5.º).

La exposición de motivos, entre otros comentarios dedicados al convenio, afirma:

«El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud».

2.1. Naturaleza jurídica

Sobre la naturaleza jurídica del convenio concursal servirá de ilustración la doctrina seleccionada y que considero aprovechable en el nuevo concurso.

La doctrina científica, a la que dedica una parte de su estudio el profesor Pérez de la Cruz Blanco⁶, mantiene dos posiciones extremas, de forma que pueda hablarse de tesis procesalista y tesis contractualista, respectivamente:

«Ello es así, porque según que se haga hincapié sobre la disciplina de la intervención judicial o sobre el acuerdo entre los interesados, los

⁶ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio, «Cuestiones en torno al convenio de la quiebra», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid, Civitas, 1978, págs. 526-546.

autores consideran al convenio como procedimiento o como contrato. La primera de dichas posiciones, quizás minoritaria, es, no obstante, acogida por autorizados tratadistas de diversos países. Todos los defensores de esta corriente hacen hincapié en la especial trascendencia de la intervención judicial por la que se aprueba el convenio, al tiempo que restan importancia al acuerdo entre los acreedores y el deudor, que cubre sólo la función de mera declaración de ciencia, realizada como presupuesto necesario para que el juez emita la correspondiente resolución, en la que radica, en definitiva, el efectivo fundamento jurídico del vínculo obligatorio entre el quebrado y los acreedores. Mayor número de adeptos ha reclutado la llamada tesis contractual. Sus defensores contemplan el convenio como figura contractual, para unos transacción, para otros contrato sui generis, en que la intervención judicial integra una exigencia de orden formal y en la que el sometimiento de la minoría al parecer mayoritario es derivación directa de la Ley, la cual encuentra, a su vez, sobrada justificación en razones de orden práctico. La verdad es que a lo largo del proceso de elaboración del convenio se entremezclan declaraciones de voluntad típicamente negociales con intervenciones del órgano judicial, que revisten el carácter de verdaderos actos procesales y cuya trascendencia para la eficacia del acuerdo no puede desconocerse».

El profesor Sala Reixachs⁷ enuncia las teorías sobre la naturaleza jurídica del convenio, que considera exageradamente prolijas y que presenta clasificadas en:

«a) Teorías procesales, que han defendido que el convenio de mayoría es, ciertamente, un contrato, aunque un contrato procesal entre el fallido y los acreedores. b) Teorías contractuales, que gozan de mayor peso y aceptación en nuestra doctrina, inspiradas esencialmente en las tesis de Rocco. c) Noción de convenio acogida, que define el convenio como un contrato sui generis de carácter bilateral (al obligarse recíprocamente los acreedores y el quebrado), oneroso (al otorgarse igualmente ventajas) y único (al afectar sus cláusulas a todos los acreedores por igual) que contiene una reducción, aplazamiento o incluso extinción de los créditos (ya sea bajo la forma de datio pro solvendo o datio in solutum) y un pactum non pretendo (su rescisión no puede solicitarse por los acreedores de cumplir los pactos y acuerdos el quebrado), teniendo gran importancia la intervención de la autoridad judicial, cuya función debe dirigirse a excluir aquellos pactos y cláusulas incardinadas en los distintos motivos de oposición, para asegurar la validez del acuerdo, y su posterior ho-

⁷ SALA REIXACHS, Alberto, *La terminación de la quiebra y el convenio concursal. Impugnación. Tramitación. Efectos. Rescisión*. Barcelona, Bosch, 2000.

mologación con fuerza vinculante para los acreedores afectados por el mismo».

El profesor De la Cuesta Rute⁸ matiza la naturaleza negocial del convenio y considera que es un negocio de masa, con aspectos procesales (aunque no es una criatura procesal) y estructura contractual.

Resulta ilustrativa la autorizada opinión de nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia de fecha 18.11.1997, según Fundamento de Derecho Cuarto:

«Debe recordarse, sin ahondar en la materia (no es una sentencia la oportunidad adecuada), no obstante, las discrepancias doctrinales que a este propósito de la naturaleza del convenio de quiebra se suscitan en el ámbito doctrinal tanto extranjero como nacional, que una línea de arraigada tradición en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido la de propugnar esta equivalencia. Como tal contrato procesal, equiparado a efectos jurídico-materiales a la transacción, ha de aplicarse al mismo el artículo 1816 del Código Civil que reconoce el valor de “autoridad de cosa juzgada” que tiene para las partes la transacción judicial».

2.2. Contenido del convenio

Interesa destacar las dos vías procesales por las puede transitar el convenio, a saber: a) La propuesta anticipada de convenio presentada por el deudor, con adhesión de acreedores ordinarios o privilegiados, cuyos créditos superen el 20% del pasivo presentado por el deudor, que se tramitará por escrito, durante la fase común (arts. 104 a 110); y, b) Las propuestas de convenio presentadas por el deudor o por los acreedores concursales, cuyos créditos superen el 20% del total pasivo de la lista definitiva de acreedores⁹ (art. 113), que se someterán a acuerdo de la junta de acreedores (art. 116). En ambos casos, será preceptiva su evaluación por la administración concursal, objeto del epígrafe 3.1.

La propuesta de convenio no puede ofrecer una quita que exceda de la mitad de los créditos ordinarios, ni espera superior a cinco años, excepto en empresas con especial trascendencia para la economía (nacional, autonómica, provincial o local), siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente, cuando de propuesta or-

⁸ CUESTA RUTE, José M.^a de la, *El Convenio Concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Aranzadi, 2004, págs. 32-33.

⁹ La lista definitiva de acreedores es un documento judicial referido en el art. 12 de la Ley de suspensión de pagos.

dinaria de convenio se tratase¹⁰ (art. 100.1), es decir, si no fuese propuesta anticipada, pues en ésta la excepción a los indicados límites se admitirá cuando el plan de viabilidad contemple expresamente su superación, sin que sea preciso acreditar que la actividad empresarial puede tener especial trascendencia para la economía, y el Juez lo autorice (art. 104.2). La propuesta de convenio no puede consistir en *datio pro soluto o pro solvendo*, ni en la liquidación global del patrimonio (masa activa), según el art. 100.3. Así se indica en la exposición de motivos:

«También es flexible la ley en la regulación del contenido de las propuestas de convenio, que podrá consistir en proposiciones de quita o de espera, o acumular ambas; pero las primeras no podrán exceder de la mitad del importe de cada crédito ordinario, ni las segundas de cinco años a partir de la aprobación del convenio, sin perjuicio de los supuestos de concurso de empresas de especial trascendencia para la economía y de presentación de propuesta anticipada de convenio cuando así se autorice por el juez. Se admiten proposiciones alternativas, como las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos. Lo que no admite la ley es que, a través de cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de créditos u otras formas de liquidación global del patrimonio del concursado, el convenio se convierta en cobertura de solución distinta de aquella que le es propia».

3. Propuestas de convenio

Intentaré exponer, seguidamente, lo dispuesto sobre la tramitación procesal de las propuestas de convenio, en sus dos modalidades: anticipada u ordinaria. En ambos casos, de las propuestas de convenio presentadas se dará traslado a las partes personadas, una vez admitidas a trámite, que podrán alegar cuanto a su derecho conenga (art. 99.1), y a la administración concursal, según los arts. 107.1 y 115.1, para que en un plazo no superior a diez días (en el plazo improrrogable de diez días) proceda a su evaluación (emita escrito de evaluación de su contenido), en relación con el plan de pagos y, en su caso, con el plan de viabilidad que se acompañe.

Dado que la administración concursal evaluará, en todo caso, las propuestas de convenio presentadas, tanto la anticipada por el deudor

¹⁰ Me refiero a propuesta «ordinaria» de convenio, para distinguirla de la propuesta anticipada de convenio, en la que no se exige la especial trascendencia para la economía de la empresa concursada, como se expone el epígrafe 3.2.

como las ordinarias, presentadas por el deudor o los acreedores, intercalo el siguiente epígrafe para referirme a dicho escrito (informe).

3.1. Evaluación de las propuestas de convenio

En la exposición de motivos, se menciona:

«La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad [en su caso]. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. El informe preceptivo de la administración concursal es una garantía más de esta solución».

El art. 75 dispone:

«Estructura del informe... 2. Al informe se unirán los documentos siguientes:... 3.º En su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado».

No observo entre la documentación que el deudor debe acompañar a su solicitud de declaración de concurso, ex art. 6.2, mención alguna al convenio, aunque el art. 104.1 previene:

«Desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos [un mes ex art. 85, que se remite al art. 21.1.5.º], el deudor que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo siguiente podrá presentar ante el Juez propuesta anticipada de convenio».

De igual modo, el art. 106.2:

«Cuando la propuesta anticipada de convenio se presentara con la solicitud de concurso voluntario o antes de la declaración judicial de éste, el Juez resolverá sobre su admisión en el mismo auto de declaración de concurso».

En el apartado 2.º del citado art. 6.2, se requiere al deudor que acompañe a la solicitud *«la memoria expresiva de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial»*, y puede interpretarse que la viabilidad patrimonial permite acudir a la convención con los acreedores. Así, cuando el mencionado art. 75.2.3.º requiere a los administradores concursales, para que unan a su informe el escrito de evaluación de las pro-

puestas de convenio que se hubiesen presentado, se está refiriendo a los escritos de evaluación del contenido de las propuestas de convenio presentadas, tanto de la propuesta anticipada de convenio presentada por el deudor (art. 104.1) como de otras posteriores (ordinarias), presentadas por el concursado o por los acreedores, cuyos créditos superen una quinta parte del montante de créditos resultante de la lista definitiva¹¹ (art. 113.1). Idéntica opinión se pide a la administración concursal, en el escrito de evaluación sobre las propuestas de convenio presentadas por los acreedores, cuyos créditos superen una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores (artículo 113.2). En todo caso, dicha evaluación se hará en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que se acompañe (art. 100.5 y 115.1), mencionados el art. 107.2¹². Trataré, por tanto, sobre los escritos de evaluación de cualesquiera de las propuestas de convenio presentadas, que debe evacuar la administración concursal, dada su misma finalidad y contenido.

3.1.1. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS GENERALES

Conviene, aunque no resulte preceptivo, pues de control de la legalidad se trata, que la administración concursal valore:

- a) El cumplimiento de los requisitos formales de la propuesta de convenio establecidos en el art. 99¹³.
- b) Las limitaciones y requisitos señalados en los artículos 100¹⁴, 101¹⁵ y 102¹⁶.

¹¹ Parece ser que se identifica la lista definitiva de acreedores con la lista de acreedores, que unirá a su informe la administración concursal (art. 75.2.2.º) o, si hubiese impugnaciones contra dicha lista, que fuesen resueltas favorablemente por el Juez, con el texto definitivo de la misma presentado por la administración concursal.

¹² «La administración concursal evaluará el contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen...».

¹³ «1. Toda propuesta de convenio, que podrá contener distintas alternativas, se formulará por escrito y firmada por el deudor o, en su caso, por todos los acreedores proponentes, o por sus respectivos representantes con poder suficiente. De las propuestas presentadas se dará traslado a las partes personadas. Cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente. 2. Las firmas de la propuesta y, en su caso, la justificación de su carácter representativo, deberán estar legitimadas».

¹⁴ «1... Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. Excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente y se acompañe

- c) Las prohibiciones establecidas en el art. 105, al que luego me referiré, particularmente los hechos causantes de la prohibición de presentación de propuesta anticipada de convenio relacionados en el apartado 5.º, guardan relación con actos cuyo perjuicio patrimonial se presume *iuris et de iure* en el art. 71.2¹⁷, y pueden ser objeto de acciones rescisorias, para cuyo ejercicio está legitimada la administración concursal o, en su caso, los acreedores, por el cauce del incidente concursal (art. 72). No parece que tales actos de disposición (letras a), b), c) y d) del ordinal 5.º del citado art. 105) puedan ser oponibles a la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, hasta la firmeza de la sentencia que resuelva el correspondiente incidente (art. 73).

informe emitido al efecto por la Administración económica competente, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites... 2... También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores. 3. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión o escisión de la persona jurídica concursada, y sin perjuicio asimismo de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 5 de este artículo. 4. Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado. 5. Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros...».

¹⁵ «1. La propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada, con la excepción establecida en el apartado 2».

¹⁶ «1. Si la propuesta de convenio ofreciese a todos los acreedores o a los de alguna clase la facultad de elegir entre diversas alternativas, deberá determinar la aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección...».

¹⁷ «El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso».

3.1.2. EXAMEN DEL PLAN DE PAGOS

La administración concursal debe evaluar las propuestas de convenio, siempre, en relación con el plan de pagos, expresión simple y concepto complejo, que requiere conocimientos especializados y cuidadosa atención, pues deben verificarse las previsiones de tesorería. Cuando el deudor estuviera obligado a llevar contabilidad (art. 6.3), es decir, si se hubiera dedicado a actividades empresariales, la información que proporcionan sus registros debe ser objeto de estudio por la administración concursal, es decir, los documentos contables deben ser analizados para conocer la situación patrimonial, financiera y los resultados de la empresa, con el fin de proyectarlos sobre el período de espera que se proponga. El diagnóstico sobre la situación económico-financiera de la empresa es imprescindible para su planificación estratégica y el balance proporciona información estática, referida a un momento concreto de la actividad empresarial, normalmente al final de cada ejercicio económico anual, así como la cuenta de pérdidas y ganancias recoge la información económica correspondiente a un período de tiempo concreto, a lo sumo de doce meses. En el análisis de los estados financieros (balance y cuenta de pérdidas y ganancias) se utilizan diversos instrumentos: porcentajes, números índice, coeficientes, ratios, etc., que ayudan a su interpretación¹⁸.

Para el análisis del balance¹⁹, se acude a conceptos acuñados por la doctrina: 1) Se denomina Fondo de Maniobra el exceso del activo circulante sobre el pasivo circulante, que también se conoce como fondo de rotación, y está formado por la parte de los recursos permanentes, cualquiera que sea la procedencia, necesarios para realizar de manera continuada las operaciones corrientes de la empresa, fundamentalmente relacionadas con la explotación. Se define, por lo tanto, como la parte del activo circulante financiada por recursos a largo plazo (activo circulante menos pasivo circulante) y es sinónimo de Capital Circulante; 2) El Estado de Origen y Aplicación de Fondos proporciona información sobre las inversiones realizadas y sus fuentes de financiación, con capitales propios o ajenos, así como sobre si la actividad ordinaria de la empresa es capaz de generar recursos suficientes para autofinanciarse o no; 3) El Cuadro de Financiación informa sobre la procedencia de los recursos financieros empleados por la empresa para financiar sus operaciones corrientes; 4) El Estado de Tesorería recoge las entradas y salidas que se producen durante un período determinado. Se denomina

¹⁸ GÓMEZ MARTÍN, Fernando, *Actuaciones profesionales en el ámbito judicial (Especial mención a la Prueba Pericial Contable)*, Barcelona, Cedecs, 2003, págs. 374-380.

¹⁹ GOXENS ORENSANZ, M.^a Angeles y GAY SALUDAS, José M.^a, *Análisis de los Estados Contables (Diagnóstico económico-financiero)*, Madrid, Prentice Hall Iberia, 2000.

también estado de cash flow o de flujos de caja y permite evaluar la capacidad de la empresa para generar liquidez, así como las fuentes de dicha liquidez: operaciones de explotación, de inversión o de financiación. La información precedente ayuda en la preparación de otro documento de importancia en la gestión empresarial: el Estado Previsional de Tesorería (presupuesto), que proyecta el comportamiento de los cobros y pagos durante el porvenir, a corto o largo plazo²⁰; 5) El Equilibrio Financiero se logra cuando la empresa es solvente, es decir, cuando no tiene dificultades para hacer frente a sus deudas. En relación con el equilibrio financiero se encuentra el coeficiente de endeudamiento y el apalancamiento financiero.

La cuenta de pérdidas y ganancias proporciona información sobre la situación económica de la empresa y presenta datos relevantes sobre el resultado de la explotación, el resultado financiero, el resultado de actividades ordinarias, el resultado extraordinario, el resultado antes de impuestos y después de impuestos, es decir, el resultado neto (beneficio o pérdida). Dichas magnitudes son consecuencia de la comparación de los ingresos y los gastos, en distintos niveles o escalones, con el detalle que proporcionan los grupos 6 y 7 del PGC. El estudio de la rentabilidad empresarial se realiza por comparación de los resultados con otros parámetros, como el activo real, la financiación propia o las ventas netas, para obtener el correspondiente porcentaje. Para determinar el umbral de rentabilidad, punto de equilibrio o punto muerto, como se denomina indistintamente, es preciso desglosar los gastos de explotación, en fijos (estructurales) y variables (proporcionales al volumen de ventas). Pues bien, se alcanza el umbral de rentabilidad cuando la empresa no produce beneficios ni pérdidas, es decir, cuando las ventas netas igualan la suma de costes fijos y variables. El margen bruto se identifica con el valor añadido de la empresa en el modelo de cuenta de pérdidas y ganancias analítica, que se incorpora con el núm. 21 del contenido de la memoria en el citado Plan General de Contabilidad (Cuarta Parte). El margen bruto se determina por la diferencia entre las ventas netas y su coste. A este «resultado bruto» se llega restando de la cifra de negocios (art. 191 del TRLSA y Norma 9.^a, para la elaboración de las Cuentas Anuales, del mencionado PGC - Cuarta Parte) las compras netas (60), la variación de existencias (61), determinados gastos externos de explotación (62), otros tributos (631) y otras pérdidas en gestión corriente (659). En resumen, el valor añadido es una magnitud económica que representa la diferencia entre el *output* (valor de la producción vendida

²⁰ N.A.A. Research Report 38, Cuadernos de Alta Dirección. «Flujo de caja y el control de la dirección», Ibérico Europea de Ediciones, S. A., Madrid, 1969, págs. 67-73.

o cifra de negocios) y los *inputs* (consumo de adquisiciones exteriores), según los profesores Gallizo Larraz y González Pascual²¹. El resultado de actividades ordinarias es diferente que el margen bruto o valor añadido, si se identifica como resultado bruto de actividades ordinarias, al que se llega, en la referida cuenta de pérdidas y ganancias analítica, deduciendo del valor añadido o margen bruto los gastos de personal y los arrendamientos, las dotaciones para amortizaciones de inmovilizado, las insolvencias de créditos y la variación de las provisiones de tráfico, así como los resultados financieros, fundamentalmente. En el modelo de cuenta de pérdidas y ganancias normal y abreviada, los beneficios de actividades ordinarias son el resultado positivo que se obtiene de la comparación entre los ingresos de explotación (importe neto de la cifra de negocio y otros ingresos) más los ingresos financieros, y los gastos de explotación (consumos, gastos de personal, amortizaciones y otros) más los gastos financieros. Las pérdidas son el resultado negativo de la misma ecuación. El Cash Flow Económico informa sobre el beneficio neto de la empresa más las amortizaciones, es decir, del excedente financiero generado por la actividad empresarial.

Comprenderá el lector, si no está familiarizado con la disciplina financiera, la dificultad de evaluar las propuestas de convenio en atención al plan de pagos, teniendo en consideración que dicho plan debe ser consistente en su proyección temporal, quiero decir, con lo esperado para un escenario futuro, basado en estimaciones sobre el comportamiento de los flujos de tesorería prospectivos y reflejados en estados financieros previsionales.

3.1.3. EXAMEN DEL PLAN DE VIABILIDAD

Además, la administración concursal debe evaluar la propuesta de convenio en relación con el plan de viabilidad, en su caso, es decir, en el supuesto previsto en el citado art. 100.5:

«Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros».

²¹ GALLIZO LARRAZ, José L. y GONZÁLEZ PASCUAL, Julián, «Una interpretación económica y financiera de los márgenes intermedios de gestión», en *Ensayos sobre contabilidad y economía. En homenaje al profesor Angel Sáez Torrecilla*, Madrid, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1996, Tomo I, págs. 389-411.

Me parece que para valorar adecuadamente el plan de viabilidad de una actividad profesional o empresarial se requieren, al igual que en el caso anterior, conocimientos especializados, pues la futura evaluación de la solvencia y la predicción de la insolvencia, es decir, la evolución económico-financiera del ejercicio de actividades profesionales o empresariales puede intentarse mediante la utilización de técnicas basadas en modelos univariantes (tradicionales, pero descartados por las limitaciones que adolecen, según el profesor González Pascual²²) o con el empleo de modelos que basan su formulación en múltiples variables, que identifican los profesores Gallego, Gómez Sala y Yáñez²³ en cuatro técnicas: «análisis discriminante múltiple (Altman, 1968); modelos de probabilidad condicional (Ohlson, 1980); particionamiento recursivo (Frydman, Altman y Kao, 1985); y, redes neuronales (Odom y Sharda, 1990)». Otros autores han realizado estudios del máximo interés, a saber: los profesores Gómez Bezares y Jordano Pérez²⁴, mediante interrelación de variables económico-financieras; los profesores Gonzalo Angulo y Gabás Trigo²⁵, al analizar el principio de gestión continuada, acuden a modelos y teorías sobre predicción de la insolvencia, con la presentación de modelos univariantes retrospectivos, modelos multivariantes retrospectivos y modelos prospectivos. El profesor Gabás Trigo²⁶ plantea la utilización de determinadas técnicas de análisis de la información contable, orientadas a la predicción de la solvencia o éxito empresarial, y explica los diversos métodos de evaluación de la solvencia (modelos univariantes, modelos multivariantes y modelos de simulación financiera²⁷) para concluir con un trabajo de investigación empí-

²² GONZÁLEZ PASCUAL, Julián, *Análisis de la empresa a través de su información económico-financiera*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2002, págs. 168-169.

²³ GALLEGO, Ana M., GÓMEZ SALA, J. Carlos y YÁÑEZ, Leonardo, «Modelos de predicción de quiebras en empresas no financieras». *Actualidad Financiera*, mayo 1997, págs. 3-14.

²⁴ GÓMEZ BEZARES, Fernando y JORDANO PÉREZ, Juan, *Diagnóstico, previsión y control en la empresa (mediante interrelación de variables económico-financieras)*. Bilbao, Universidad de Deusto, 1982.

²⁵ GONZALO ANGULO, José Antonio y GABÁS TRIGO, Francisco, «El principio de gestión continuada», en *Lecturas sobre principios contables*. Coordinador: José L. CEA GARCÍA. Monografía núm. 13 de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, 1989, págs. 233-260.

²⁶ GABÁS TRIGO, Francisco, *Técnicas actuales de análisis contable. Evaluación de la solvencia empresarial*. Madrid, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1990.

²⁷ En estos últimos, si el modelo de simulación financiera es tan amplio, que contiene la totalidad de los flujos financieros de la empresa, en una proyección a largo plazo, puede proporcionar información sobre la capacidad de una empresa para reembolsar sus obligaciones de pago (convenio), es decir, puede permitir verificar el grado de cumplimiento del plan de pagos, comentado en el apartado anterior.

rica. En la monografía publicada por la AECA²⁸, se presentan los trabajos sobre predicción de la insolvencia empresarial, realizados por los profesionales y profesores universitarios siguientes: Francisco Gabás Trigo, José Luis Martín Marín, Remedios Ramírez González, Alejandro Larriba Díaz-Zorita, Francisco Javier de la Cruz González, Domingo García Pérez de Lema, Antonio Calvo-Flores Segura y Antonio Arques Pérez. La información contable expresada en flujos de tesorería sirve a la predicción del fracaso empresarial, según el profesor Lizarraga Dallo²⁹, con base en el análisis de los ratios financieros obtenidos de las cuentas anuales de una determinada muestra de medianas empresas, mediante el siguiente proceso: a) análisis univariante; b) análisis factorial de componentes principales; y, c) estimación de modelos multivariantes. Tras observar la alta capacidad univariante en algunos de los ratios analizados, así como que los indicadores de rentabilidad de activos y endeudamiento presentan síntomas claves del fracaso empresarial, concluye: «... *la situación de las empresas españolas, cuando acuden a la apertura de un procedimiento de suspensión de pagos, en la mayoría de los casos, es de avanzado deterioro, con fuertes niveles de descapitalización y escasa capacidad para generar ganancias, por lo que la detección del fracaso de las empresas es posible con la utilización de información derivada de los estados contables tradicionales, siempre que ésta sea debidamente tratada y seleccionada, lo que permitirá el análisis de las posibilidades de predicción de la crisis empresarial*», versus viabilidad. Cantera Sojo y Farrás i Corominas³⁰ recomiendan el diagnóstico integral de la empresa (DIE), previo a la preparación de un plan de urgencia (PUR), que permitirá confeccionar el plan estratégico de reconducción (PER), es decir, el plan de viabilidad.

Las empresas en crisis económica (insolvencia) pueden ser viables y para comprobarlo es preciso preparar un plan de viabilidad (estratégico), que siempre se basa en el estudio de la situación actual, para proponer los cambios necesarios y proyectar la «nueva empresa» hacia el futuro con previsiones favorables de buenos resultados. Precisamente el DIE sirve para contrastar la mala situación empresarial y sus causas,

²⁸ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS. *Predicción de la insolvencia empresarial*. Coordinada por Antonio Calvo-Flores Segura y Domingo García Pérez de Lema. Madrid, 1997.

²⁹ LIZARRAGA DALLO, Fermín, «Los flujos de tesorería en la predicción del fracaso empresarial». *Actualidad Financiera*, abril 1997, págs. 73-93.

³⁰ CANTERA SOJO, José Miguel y FARRAS I COROMINAS, Joan, *Estudio de empresas en crisis y elaboración de planes estratégicos*. Madrid, Consejo General de Colegios de Economistas de España, 1988.

así como para preparar el PUR, que logre el mantenimiento provisional de la actividad empresarial o profesional y permita disponer del tiempo suficiente para lanzar el plan de viabilidad (PER), que incorpora las medidas correctoras imprescindibles para cambiar la tendencia y alcanzar los objetivos proyectados (estabilidad y rentabilidad).

El DIE requiere analizar la situación interna (liderazgo, producto, recursos humanos, organización, información económico-financiera, etc.) y la externa, es decir, el entorno (mercado y competencia, principalmente). El PUR trata de poner en evidencia los errores de bulto o deficiencias ostensibles para cortarlos de raíz, así como todo coste prescindible de inmediato, y se sirve de una herramienta imprescindible, que consiste en las previsiones de tesorería (semanal, mensual y trimestral), con seguimiento diario. El plan de viabilidad (PER), sobre la base de que han podido ser solucionadas las desviaciones detectadas, incorpora medidas que reducen costes (materias primas, métodos de producción, plantilla laboral, etc.) e incrementan las ventas (cambios de producto o servicio, nuevos precios, marketing, etc.).

Creo que puede sistematizarse el análisis del plan de viabilidad, presentado por el concursado, si se considera que el desequilibrio económico de la empresa puede observarse desde las siguientes vertientes:

- 1) Tráfico mercantil: a) disminución de ventas; b) aumento de existencias por obsolescencia, etc.
- 2) Producto-mercado: Disminución del margen comercial, por reducción de precios o aumentos de costes, etc.
- 3) Financiero: a) incremento de los gastos de descuento de efectos o de los intereses de préstamos; b) fondo de maniobra negativo; c) aumento de la morosidad, etc.
- 4) Inmovilizado: a) obsolescencia de las instalaciones manufactureras; b) dificultad de renovación de maquinaria y equipos industriales; c) bienes de inversión ociosos, etc.
- 5) Recursos humanos: a) bajo rendimiento laboral; b) absentismo; c) exceso de plantilla, etc.

Una empresa es viable cuando su situación (patrimonial, económica y financiera) responde a las iniciativas planificadas (proyectadas) y permite augurar a medio plazo (tres a cinco años) la estabilidad suficiente para mantenerse en el mercado, conservando o mejorando su estructura de negocio y las expectativas de beneficio (rentabilidad), así como para prevenir razonablemente el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

El escrito de evaluación de la propuesta anticipada de convenio, presentada por la administración concursal, si fuere desfavorable o

contuviere reservas, faculta al juez para dejar sin efecto la admisión de dicha propuesta o la continuación de su tramitación (art. 107.2³¹). Sin embargo, el escrito sobre de evaluación de la propuesta de convenio ordinario, para la junta de acreedores, que presente la administración concursal, que también podrá ser favorable, desfavorable o con reservas, no parece tendrá otros efectos que su puesta de manifiesto en la Secretaría del juzgado, es decir, carece de efectos obstativos a la tramitación de la propuesta de convenio (art. 115.2³²), aunque puede ser alegado cuando se presente oposición al convenio aceptado, en el caso de que su cumplimiento sea objetivamente inviable ex art. 128.2.

3.2. Propuesta anticipada de convenio

La exposición de motivos explica:

«Entre las medidas para facilitar esta solución del concurso destaca la admisión de la propuesta anticipada de convenio que el deudor puede presentar con la propia solicitud de concurso voluntario o, incluso, cuando se trate de concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, siempre que vaya acompañada de adhesiones de acreedores en el porcentaje que la ley establece. La regulación de esta propuesta anticipada permite, incluso, la aprobación judicial del convenio durante la fase común del concurso, con una notoria economía de tiempo y de gastos respecto de los actuales procedimientos concursales».

Según el profesor Fernández Ruiz³³:

«Respecto a la naturaleza de la propuesta de convenio anticipado no hay discrepancias en considerar al tradicional negocio jurídico como base de la misma —aunque con algunas peculiaridades—, por ejemplo, la de que la propuesta anticipada debe contar con las adhesiones de los acreedores».

³¹ «La administración concursal evaluará el contenido de la propuesta [anticipada] de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompaña. Si la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuese desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el más breve plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación con unión del escrito de evaluación al referido informe».

³² «Los escritos de evaluación emitidos antes de la presentación del informe de la administración concursal se unirán a éste, conforme al apartado 2 del artículo 75, y los emitidos con posterioridad se pondrán de manifiesto en la secretaría del juzgado desde el día de su presentación al juez».

³³ FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis, «La propuesta anticipada de convenio en la Ley concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, número 251, enero-marzo 2004, pág. 200.

3.2.1. PLAZO DE PRESENTACIÓN, LEGITIMACIÓN Y CONTENIDO

Desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos [un mes ex art. 21.1.5.º, desde la declaración de concurso], el deudor, que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el art. 105, podrá presentar ante el juez propuesta anticipada de convenio (art. 104.1). Explícitamente, también puede haberlo presentado con la solicitud de concurso voluntario, según el art. 106.2.

La legitimación para la presentación de una propuesta anticipada de convenio es exclusiva del deudor, sea persona natural o jurídica. Si el deudor fuera persona jurídica, la decisión es competencia del órgano de administración o de liquidación, según matiza el profesor Rojo³⁴.

La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas, pero no puede consistir en quita que exceda del 50% de los créditos ordinarios ni en espera superior a cinco años (art. 100.1). La verdad es que puede no mencionar quita alguna, pero debe incluir espera, es tal caso, aunque sea implícita, quiero decir que no suponga aplazamiento ni fraccionamiento de pago y solamente el acreedor concursal deba esperar, para el cobro de su crédito, a la firmeza de la aprobación del convenio.

En la presentación de propuesta anticipada de convenio, cuando se dé el supuesto previsto en el número 5 del artículo 100³⁵, siempre que el plan de viabilidad contemple expresamente una quita o una espera superior a los límites previstos en el art. 100.1³⁶, el juez podrá, a solicitud del deudor, autorizar motivadamente la superación de los límites mencionados (art. 104.2). Quiere decirse que el Juez puede rechazar su admisión a trámite, cuando no admita la superación de tales límites, además de por las causas que comentaré en el epígrafe siguiente.

La propuesta anticipada de convenio se formulará por escrito, firmada por el deudor (art. 99) y no podrá contener condición alguna para su eficacia (art. 101), aunque sí distintas alternativas (art. 102).

³⁴ ROJO, Angel, *El convenio anticipado*, Civitas Ediciones, S. L., 2004, pág. 19.

³⁵ «Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros...».

³⁶ «... las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos [créditos ordinarios], ni las de espera de cinco años, a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio».

3.2.2. PROHIBICIONES

No podrá presentar propuesta anticipada de convenio, según el art. 105, el concursado que se hallare en alguno de los siguientes casos:

«1.º Haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico³⁷, de falsedad documental³⁸, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social³⁹ o contra los derechos de los trabajadores⁴⁰. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado, por cualquiera de estos delitos, alguno de sus administradores o liquidadores o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio [Se observa la atención prestada a los informes de determinados departamentos ministeriales, con la inclusión de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social].

2.º Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales [arts. 218 y siguientes del TRLSA y 84 de la LSRL, entre otros, pues afectará también a las Sociedades Cooperativas, Fundaciones, etc.].

3.º No figurar inscrito en el Registro Mercantil, cuando se trate de persona o entidad de inscripción obligatoria [art. 17 del C. de C. y art. 81 RRM].

4.º Haber estado sometido a otro concurso de acreedores sin que a la fecha de la solicitud del que se encuentra en tramitación hayan transcurrido tres años desde la conclusión de aquél [arts. 176 a 178].

³⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico: Capítulo I. De los hurtos; Capítulo II. De los robos; Capítulo III. De la extorsión; Capítulo IV. Del robo y hurto de uso de vehículos; Capítulo V. De la usurpación; Capítulo VI. De las defraudaciones: Sección 1.ª De las estafas; Sección 2.ª De la apropiación indebida; Sección 3.ª De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas; Capítulo VII. De las insolvencias punibles; Capítulo VIII. De la alteración de precios en concursos y subastas públicas; Capítulo IX. De los daños; Capítulo X. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores; Capítulo XI. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores: Sección 1.ª De los delitos relativos a la propiedad intelectual; Sección 2.ª De los delitos relativos a la propiedad industrial; Sección 3.ª De los delitos relativos al mercado y a los consumidores; Capítulo XII. De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural; Capítulo XIII. De los delitos societarios; Capítulo XIV. De la receptación y otras conductas afines.

³⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Título XVIII. De las falsedades: Capítulo II. De las falsedades documentales.

³⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Título XIV. De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

⁴⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Título XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores.

5.º Haber realizado dentro de los tres años anteriores a la fecha de solicitud del concurso alguno de los siguientes actos: a) Disposición de bienes o derechos a título gratuito que exceda de las liberalidades al uso; b) Disposición de bienes o derechos a título oneroso a favor de un tercero o de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado a que se refiere el artículo 93, realizada en condiciones que, al tiempo de su celebración, no fueren las normales de mercado; c) Pago de obligaciones no vencidas; d) Constitución o ampliación de garantías reales para el aseguramiento de obligaciones preexistentes; e) Otros actos que hayan sido declarados en fraude de acreedores por sentencia, aunque no haya alcanzado firmeza [En general, actos rescindibles ex art. 71, aunque para éstos el período de cómputo es de dos años].

6.º Haber incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso [art. 5] o haber infringido durante la tramitación del concurso alguno de los deberes u obligaciones que impone esta ley [arts. 21.1.3.º, 40.7, 42.1, 45.1, 46.2 y 148.1]».

3.2.3. ADMISIÓN O INADMISIÓN A TRÁMITE

La propuesta anticipada que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada (art. 101.1), excepto en los casos previstos en el apartado 2 de dicho art. 101, es decir, cuando se trate de declaración conjunta de concurso de varios deudores (art. 3.5) o de concursos acumulados (art. 25), en los que la propuesta de uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros.

La admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio se sujeta a que sea acompañada de la adhesión de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor (art. 106.1), es decir, del montante de la relación de acreedores aportada a su solicitud, única información disponible relativa al pasivo, en ese momento procesal, pues en la fecha de presentación de la propuesta anticipada de convenio se desconoce el montante de la masa pasiva, propiamente dicha, es decir, la suma de los acreedores concursales, así como la calificación jurídica de los créditos, excepto aquéllos con garantía real, si se diese por buena la información documental aportada por el deudor, ex art. 6.2.4.º. Llamo la atención sobre los créditos subordinados, que se clasificarán por la administración concursal ex art. 75.2.2.º, en relación con el art. 94, y cuya adhesión a la propuesta anticipada de convenio no permite la Ley, solamente los créditos ordinarios y privilegiados podrán adherirse a la propuesta anticipada de convenio. Si no obrase en autos la relación de

acreedores exigida en el citado art. 6.2.4.º, como puede suceder en algún caso de concurso necesario⁴¹, la prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio puede encontrarse implícita en el art. 105.1.6.º, pues el concursado habrá incumplido el requerimiento recibido, en virtud de lo previsto en el art. 21.1.3.º, y el Juez no podrá comprobar si las adhesiones aportadas superan la quinta parte del pasivo presentado por el deudor.

La admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio tendrá lugar en el auto de declaración de concurso, cuando se hubiera presentado con la solicitud de concurso voluntario o antes de la declaración judicial de éste. En los demás casos, el juez, dentro de los tres días siguientes al de presentación de la propuesta anticipada de convenio, resolverá mediante auto motivado sobre su admisión a trámite. En el mismo plazo, de apreciar algún defecto, el juez lo notificará al concursado para que en los tres días siguientes a la notificación pueda subsanarlo (art. 106.2).

El juez rechazará la admisión a trámite cuando las adhesiones de acreedores presentadas en la forma establecida en esta ley no alcancen la citada proporción del pasivo exigida (superior al 20% *ex* art. 106.1), cuando aprecie infracción legal en el contenido de la propuesta de convenio (quita o espera superiores a los límites establecidos, etc., según el art. 100, o cláusulas que condicionen su eficacia, según el art. 101) o cuando el deudor estuviere incurso en alguna prohibición *ex* art. 105 (art. 106.3).

Admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el juez dará traslado de ella a la administración concursal para que, en un plazo no superior a diez días, proceda a su evaluación (epígrafe 3.1), que tiene posibles efectos obstativos a su tramitación escrita (art. 107). Interesa mencionar el art. 105.2⁴², que obliga a dejarla sin efecto y a poner fin a dicha propuesta, cuando el concursado incurra en causa de prohibición, así como el art. 107.2, que confiere al Juez idénticas facultades, cuando el escrito de evaluación de la administración concursal fuese desfavorable o contuviese reservas. Según el profesor Rojo⁴³:

⁴¹ No se dará esta posibilidad cuando el concurso necesario tenga esa consideración con causa en lo dispuesto en el art. 22.2, es decir, si en los tres meses anteriores a la solicitud del deudor se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado.

⁴² «Si admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el concursado incurriere en causa de prohibición o se comprobare que con anterioridad había incurrido en alguna de ellas, el juez de oficio, a instancia de la administración concursal o de parte interesada y, en todo caso, oído el deudor, declarará sin efecto la propuesta y pondrá fin a su tramitación».

⁴³ Rojo, Angel, *op. cit.*, pág. 74.

«... el auto por el que se deje sin efecto una propuesta anticipada ya admitida a trámite está sometido al régimen general de recursos establecido por la Ley concursal, por lo que cabrá interponer recurso de reposición (v. art. 197.2)».

3.2.4. ADHESIÓN DE ACREEDORES

Desde la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, es decir, hasta diez días después de la comunicación del informe de la administración concursal, según el art. 96, cualquier acreedor podrá manifestar su adhesión a la propuesta, con los requisitos y en la forma establecidos en la ley (art. 108.1). Los requisitos y forma de las adhesiones vienen regulados en el art. 103⁴⁴. Pese a referirse a cualquier acreedor, que incluye a los créditos subordinados, éstos no se computarán para que se considere aceptada una propuesta de convenio, según el art. 124.

La adhesión a la propuesta de convenio por parte de las administraciones y organismos públicos se hará respetando las normas legales y reglamentarias que las regulan (art. 103.4), a que se refiere las Disposiciones finales décima⁴⁵ y decimosexta⁴⁶, así como la nueva Ley General Tributaria, comentadas en los epígrafes 6 y 7.

⁴⁴ «...2. La adhesión será pura y simple, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno. En otro caso, se tendrá al acreedor por no adherido. 3. La adhesión expresará la cuantía del crédito o de los créditos de que fuera titular el acreedor, así como su clase, y habrá de efectuarse mediante comparecencia ante el secretario del juzgado en el que se tramite el concurso, o mediante instrumento público...».

⁴⁵ Reforma de la Ley General Presupuestaria. El artículo 39 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre (derogada con efectos desde el 1.01.2005), queda redactado de la forma siguiente: «... 2. La suscripción y celebración por la Hacienda Pública de convenios en el seno de procedimientos concursales requerirán únicamente autorización del Ministerio de Hacienda, pudiéndose delegar esta competencia en los órganos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. No obstante, será suficiente la autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria para la suscripción y celebración de los referidos convenios cuando afecten a créditos cuya gestión recaudatoria le corresponda a aquélla de conformidad con la ley o en virtud de convenio, con observancia en este último caso de lo convenido. En el caso del Fondo de Garantía Salarial, la suscripción y celebración de convenios en el seno de procedimientos concursales requerirá la autorización del órgano competente de acuerdo con la normativa reguladora del organismo autónomo. 3. Lo dispuesto en el apartado anterior será aplicable para la suscripción [¿art. 99?] de los convenios previstos en la Ley Concursal o, en su caso, para la adhesión [arts. 103.1 y 4, 106 y 121.4] a ellos, así como para acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago que no sean más favorables para el deudor que las establecidas en convenio para los de-

3.2.5. APROBACIÓN JUDICIAL DE CONVENIO ANTICIPADO

Dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiere finalizado el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (diez días a contar desde la comunicación del informe de la administración concursal, según el art. 96, que se remite al art. 95 y éste al art. 23), si no se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiera finalizado el plazo para la revocación de las adhesiones (art. 108.2⁴⁷), el juez verificará si

más créditos. Igualmente, se podrá acordar la compensación de los créditos a que se refiere ese apartado en los términos previstos en la legislación tributaria». Con la nueva Ley 47/2003, de 26 de diciembre, General Presupuestaria, tras su entrada en vigor, el 1.01.2005, regirá el Artículo 10: «Prerrogativas correspondientes a los derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal... 2. El carácter privilegiado de los créditos de la Hacienda Pública estatal otorga a ésta el derecho de abstención en los procesos concursales, en cuyo curso, no obstante, podrá suscribir los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el acuerdo o convenio que pongan fin al proceso judicial. Igualmente podrá acordar la compensación de dichos créditos en los términos previstos en la normativa reguladora de los ingresos públicos. Para la suscripción y celebración de los acuerdos y convenios a que se refiere el párrafo anterior se requerirá autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria cuando se trate de créditos cuya gestión recaudatoria le corresponda, de conformidad con la ley o en virtud de convenio, con observancia, en este caso de lo convenido. Cuando se trate de créditos correspondientes al Fondo de Garantía Salarial, la suscripción y celebración de convenios en el seno de procedimientos concursales requerirá la autorización del órgano competente, de acuerdo con la normativa reguladora del organismo autónomo. En los restantes créditos de la Hacienda Pública estatal la competencia corresponde al Ministro de Hacienda, pudiéndose delegar en los órganos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Reglamentariamente se establecerán los procedimientos para asegurar la adecuada coordinación en los procedimientos concursales en que concurran créditos de la Hacienda Pública estatal con créditos de la Seguridad Social y del resto de las entidades que integran el sector público Estatal, y en aquellos procedimientos concursales en los que se concurra con procedimientos judiciales o administrativos de ejecución singular correspondientes a las referidas entidades».

⁴⁶ El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, queda modificado en los términos siguientes: «2. El artículo 24 queda redactado de la forma siguiente: ... No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social... No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, si el deudor de la Seguridad Social incurriese en concurso de acreedores, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos previstos en la Ley Concursal, sometiendo su crédito a condiciones que no podrán ser más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de los acreedores».

⁴⁷ «Cuando la clase o la cuantía del crédito expresadas en la adhesión resultaren modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores, podrá el acreedor revocar su adhesión dentro de los cinco días siguientes a la puesta de manifiesto de dicha lista en la

las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida, es decir, el voto favorable, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso, según el art. 124. Se justifica en la exposición de motivos:

«Al regular las mayorías necesarias para la aceptación de las propuestas de convenio, la ley prima a las que menor sacrificio comportan para los acreedores, reduciendo la mayoría a la relativa del pasivo ordinario».

El juez, mediante providencia, proclamará el resultado, si se hubiese alcanzado el voto favorable a que se ha hecho mención (al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso). En otro caso, dictará auto abriendo la fase de convenio ordinario o de liquidación, según corresponda (art. 109.1).

Si la mayoría resultase obtenida, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en el apartado 1 del artículo 128, es decir, diez días desde la fecha de la providencia judicial que haya proclamado que las adhesiones presentadas son suficientes para la aprobación del convenio, dictará sentencia aprobatoria, salvo que se haya formulado oposición al convenio o éste sea rechazado de oficio por el juez, según lo dispuesto en los artículos 128 a 131, a los que me referiré en los epígrafes 3.3.3 y 3.3.4. Dicha sentencia pondrá fin a la fase común del concurso y, sin apertura de la fase de convenio, declarará aprobado éste con los efectos establecidos en los artículos 133 a 136, objeto de comentario en el epígrafe 3.3.4. La sentencia se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento, y se publicará conforme a lo previsto en los artículos 23 y 24 de esta ley.

Sobre los efectos de la aprobación del convenio y la posible eficacia parcial del mismo, por ser comunes a ambas modalidades de convenio (anticipado u ordinario), me remito a los comentarios finales del citado epígrafe 3.3.4.

3.3. *Propuestas de convenio para junta*

Si no procediera la aprobación de la propuesta anticipada de convenio, tramitada por escrito, el juez requerirá de inmediato al deudor para que, en plazo de tres días, manifieste si mantiene dicha propuesta para su sometimiento a la junta de acreedores o desea solicitar la liquidación (art. 110.1), salvo que hubiese solicitado la liquidación, en el mismo

secretaría del juzgado. En otro caso, se le tendrá por adherido en los términos que resulten de la redacción definitiva de la lista».

escrito de presentación de la propuesta anticipada de convenio, para el caso de que no prosperara⁴⁸. Según la exposición de motivos:

«La ley procura agilizar la tramitación de las propuestas de convenio. La propuesta anticipada que no hubiese alcanzado adhesiones suficientes para su aprobación podrá ser mantenida en junta de acreedores».

Sin embargo, el profesor Rojo⁴⁹ considera:

«... la presentación de una propuesta anticipada de estas características [superación de los límites legales máximos] tiene como consecuencia negativa la de que, si el deudor no consigue adhesiones suficientes durante la fase común para la aprobación judicial del convenio, no puede mantener esa propuesta anticipada para que, durante la segunda fase, continúe estando sometida a la adhesión de los acreedores y pueda ser votada en la junta convocada por el juez».

Los acreedores adheridos a la propuesta anticipada se tendrán por presentes en la junta a efectos de quórum y sus adhesiones se contarán como votos a favor para el cómputo del resultado de la votación, a no ser que asistan a la junta de acreedores o que, con anterioridad a su celebración, conste en autos la revocación de su adhesión (art. 110.2).

Cuando el concursado hubiera mantenido la propuesta anticipada de convenio, el juez, sin necesidad de nueva resolución sobre dicha propuesta ni de informe de la administración concursal, dictará auto convocando la Junta de acreedores (art. 111.2). El profesor Fernández Ruiz considera:

«Si el deudor, vía art. 110. ILC, opta por mantener la propuesta anticipada de convenio y no ha solicitado la liquidación, aquélla se someterá a la Junta de acreedores, con lo cual veda la posibilidad que a los acreedores conceda el art. 113.2 LC para presentar una propuesta en la fase ordinaria».

Me parece más seguro que las propuestas de convenio de los acreedores, presentadas con anterioridad a que se conozca si la propuesta anticipada ha fracasado [...transcurrido el plazo de comunicación de créditos... (art. 113.1)], seguirán su tramitación para la junta de acreedores que se convoque, y serán objeto de deliberación, en dicha junta, si no es aceptada la propuesta anticipada de convenio mantenida por el concursado, así como que los acreedores, cuyos créditos superen la quinta parte del total pasivo, podrán presentar otras propuestas de convenio,

⁴⁸ ROJO, Angel, *op. cit.*, pág. 33.

⁴⁹ ROJO, Angel, *op. cit.*, págs. 25, 147 y 148.

desde que se convoque la junta hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para su celebración (art. 113.2).

Cuando el concursado no hubiere solicitado la liquidación y no haya sido aprobada ni mantenida la propuesta anticipada de convenio, el juez, dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 96.1), si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos⁵⁰ (art. 96.4), dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de convenio ordinario y ordenando la formación de la sección quinta, relativa al convenio o a la liquidación (art. 111.1). Se resumen en la exposición de motivos:

«En otro caso, si no se aprueba una propuesta anticipada y el concursado no opta por la liquidación de su patrimonio, la fase de convenio se abre una vez concluso el trámite de impugnación del inventario y de la lista de acreedores».

Dicho auto ordenará la convocatoria de la junta de acreedores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 (publicidad), fijando lugar, día y hora de la reunión. En la notificación de la convocatoria se expresará a los acreedores que podrán adherirse a la propuesta de convenio en los términos del artículo 115.3⁵¹. Insisto en que únicamente serán consideradas adhesiones válidas las de los créditos ordinario y privilegiados, pues los créditos subordinados no son computables en el quórum de aceptación de las propuestas de convenio (art. 124). Cuando se trate del supuesto previsto en el artículo 110 [mantenimiento de la propuesta anticipada de convenio] y en el apartado 1 del artículo 113 [propuestas de convenio ordinario por el concursado o los acreedores, antes de la convocatoria de la junta de acreedores], la junta deberá ser convocada para su celebración dentro del segundo mes contado desde la fecha del auto. En los demás casos [propuestas de convenio presentadas por el concur-

⁵⁰ Se refiere al informe definitivo de la administración concursal, que presentará al juzgado en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones habidas.

⁵¹ «Desde que...quede de manifiesto en la secretaría del juzgado el correspondiente escrito de evaluación y hasta el momento del cierre de la lista de asistentes a la junta, se admitirán adhesiones de acreedores a la propuesta de convenio con los requisitos y en la forma establecidos en esta ley [art. 103]. Salvo en el caso previsto en el apartado 2 del artículo 110, las adhesiones serán irrevocables, pero no vincularán el sentido del voto de quienes las hubieren formulado y asistan a la junta». El art. 110.2 faculta la revocación de adhesiones con anterioridad a la celebración de la junta de acreedores.

sado o por los acreedores después de la convocatoria de dicha junta], deberá ser convocada para su celebración dentro del tercer mes contado desde la fecha del referido auto que convoque a la junta de acreedores.

3.3.1. PRESENTACIÓN Y TRAMITACIÓN DE LAS PROPUESTAS DE CONVENIO

Señala la exposición de motivos:

«El concursado que no hubiese presentado propuesta anticipada ni solicitado la liquidación y los acreedores que representen una parte significativa del pasivo podrán presentar propuestas incluso hasta 40 días antes del señalado para la celebración de la junta. Hasta el momento del cierre de la lista de asistentes a ésta podrán admitirse adhesiones a las propuestas, lo que contribuirá a agilizar los cómputos de votos y, en general, el desarrollo de la junta».

Transcurrido el plazo de comunicación de créditos, es decir, un mes desde la última de las publicaciones obligatorias del auto de declaración de concurso (art. 85.1, que se remite al art. 21.1.5.º), y hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, que expira a los diez días de la comunicación del informe de la administración concursal (art. 96.1), si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, elaborados por la administración concursal (art. 96.4), podrá presentar propuesta de convenio el concursado, que no hubiere presentado propuesta anticipada ni tuviere solicitada la liquidación. También podrán hacerlo los acreedores, cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores⁵², salvo que el concursado tuviere solicitada la liquidación (art. 113.1). Consecuentemente, las posibilidades que ofrece este precepto al concursado y a los acreedores, de presentación de propuestas de convenio, tienen lugar dentro de la fase común, momento procesal en el que puede suceder que aún no se haya formado la masa pasiva ni la clasificación de los créditos concursales.

En el supuesto de que no hubiera sido presentada ninguna propuesta de convenio, de las comentadas en el párrafo anterior, ni se hubiese solicitado la liquidación por el concursado, éste y los acreedores, cuyos

⁵² Documento que puede no obrar aún en autos, cuando se presentasen propuestas de convenio por los acreedores antes de la presentación por la administración concursal de su informe ex art. 75 o antes de que presenten los textos definitivos correspondientes (art. 96.4).

créditos superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva⁵³, podrán presentar propuestas de convenio desde la convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para su celebración (art. 113.2). Es decir, una vez abierta la fase de convenio, que supone la constancia en autos de la masa pasiva y la clasificación de créditos, permitiendo el conocimiento de los créditos subordinados.

En ambos casos (apartados 1 y 2 del art. 113), la propuesta de convenio que presente el concursado no está sujeta a las prohibiciones del art. 105, ni al requisito de adhesión por acreedores ex art. 106.1.

Al parecer, las propuestas de convenio presentadas por los acreedores, deberán ir acompañadas de un plan de pagos y, en su caso, de un plan de viabilidad (art. 100). Difícil tarea, pues pueden desconocer la esencia de las actividades del concursado y, consecuentemente, su evolución futura (viabilidad).

Dentro de los cinco días siguientes a su presentación, el juez admitirá a trámite las propuestas de convenio si cumplen las condiciones de tiempo (art. 113), forma (art. 99) y contenido (art. 100) establecidas en la Ley. De apreciar algún defecto, dentro del mismo plazo, lo notificará al concursado o, en su caso, a los acreedores para que, en los tres días siguientes a la notificación, puedan subsanarlo. Si estuviese solicitada la liquidación por el concursado, el juez rechazará la admisión a trámite de cualquier propuesta (art. 114.1).

Una vez admitidas a trámite, no podrán revocarse ni modificarse las propuestas de convenio (art. 114.2), prohibición que se confirma en el art. 121. Pese a las opiniones escuchadas de que su modificación puede tener lugar por acuerdo de la junta de acreedores, con la aceptación del concursado, parece más seguro que la Ley solamente permite «lo tomo o lo dejo», es decir, no admite negociaciones sobre las propuestas de convenio, una vez admitidas a trámite por el Juez.

En la misma providencia de su admisión a trámite, se acordará dar traslado de las propuestas de convenio a la administración concursal para que, en el plazo improrrogable de diez días, emita escrito de evaluación sobre su contenido, en relación con el plan de pagos y, en su caso, con el plan de viabilidad que la acompañe (art. 115.1). Sin efectos obstativos para su tramitación a la Junta. A dicho escrito de evaluación de las propuestas de convenio he dedicado el epígrafe 3.1.

Los acreedores podrán adherirse en trámite escrito, mediante comparecencia judicial o instrumento público, a cualquier propuesta de

⁵³ Durante este plazo de presentación de propuestas de convenio por los acreedores, ya obra en autos la lista definitiva de acreedores.

convenio ordinario, en los plazos y con los efectos establecidos en esta Ley (art. 115.3, citado *supra*, concordante con lo dispuesto en el art. 103). Dichas adhesiones serán irrevocables, salvo en el caso previsto en el citado art. 110.2, que permite su revocación con anterioridad a la celebración de la junta de acreedores, pero no vincularán el sentido del voto de quienes las hubieran formulado y asistan a dicha junta.

Reitero que la adhesión a la propuesta de convenio por parte de las administraciones y organismos públicos se hará respetando las normas legales y reglamentarias que las regulan, a que se refiere las Disposiciones finales décima y decimosexta, así como la nueva Ley General Tributaria, mencionadas al final del epígrafe 3.2.4 y que serán comentadas en los capítulos 6 y 7 (art. 103.4).

3.3.2. JUNTA DE ACREEDORES

La junta se reunirá en el lugar, día y hora fijados en la convocatoria y el presidente podrá acordar la prórroga de las sesiones durante uno o más días hábiles consecutivos. Será presidida por el Juez o, excepcionalmente, por el miembro de la administración concursal que por él se designe y actuará como Secretario el que lo sea del juzgado. La junta se entenderá constituida con la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso, que se corresponde con el figurado en la lista definitiva de acreedores presentada por la administración concursal (art. 116). En dicho quórum de constitución se computarán las adhesiones recibidas por escrito y, pese al plural de acreedores y créditos, empleado en este precepto, considero válida la constitución de la junta con la asistencia o adhesión de un solo acreedor que alcance el quórum exigido (art. 118.3).

Los miembros de la administración concursal tendrán el deber de asistir a la junta y su incomparecencia no determinará la suspensión de la misma, aunque permite al juez suspenderla. El incumplimiento del deber de asistencia a la junta de acreedores por los administradores concursales dará lugar a la pérdida del derecho a la remuneración fijada, con la devolución a la masa de las cantidades percibidas. Contra la resolución judicial que acuerde imponer esta sanción cabrá recurso de apelación (art. 117.1). No se contempla la asistencia de los auxiliares delegados, si hubieran sido nombrados, pero será conveniente, pues si alguna explicación tiene el deber de asistencia a la junta de los miembros de la administración concursal es su capacidad informativa, como previene el art. 120.

El concursado deberá asistir a la junta de acreedores personalmente o hacerse representar por apoderado, con facultades para negociar y

aceptar convenios, pudiendo ser acompañado de letrado que inter venga en su nombre durante las deliberaciones (art. 117.2). Su inasistencia puede ser causa de calificación de concurso culpable, según el art. 165.2.º, aunque no será obstáculo para la celebración de la junta de acreedores.

Los acreedores que figuren en la relación de incluidos del texto definitivo de la lista (art. 94.1) tendrán derecho de asistencia a la junta (art. 118.1), es decir, con independencia de la clasificación de sus créditos como privilegiados, ordinarios o subordinados.

Los acreedores con derecho de asistencia podrán hacerse representar en la junta por medio de apoderado, sea o no acreedor. Se admitirá la representación de varios acreedores por una misma persona. No podrán ser apoderados el concursado ni las personas especialmente relacionadas con éste, aunque sean acreedores. Las personas especialmente relacionadas con el concursado, persona natural o jurídica, se identifican *numerus clausus* en el art. 93. El procurador que hubiera comparecido en el concurso por un acreedor sólo podrá representarlo si estuviese expresamente facultado para asistir a juntas de acreedores en procedimientos concursales. El apoderamiento deberá conferirse por comparecencia ante el Secretario del juzgado o mediante escritura pública y se entenderá que las facultades representativas para asistir a la junta comprenden las de intervenir en ella y votar cualquier clase de convenio (art. 118.2).

Los acreedores firmantes de algunas de las propuestas (art. 113.1) y los adheridos en tiempo y forma (arts. 103, 108 y 115) a cualquiera de ellas, que no asistan a la junta, se tendrán por presentes a efectos del quórum de constitución (art. 118.3).

Las Administraciones públicas, sus organismos públicos, los Órganos Constitucionales (la Corona, las Cortes Generales, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas, y el Tribunal Constitucional; regulados en los arts. 56, 66, 122, 136, 159, etc. de la Constitución Española de 1978) y, en su caso, las empresas públicas que sean acreedoras se considerarán representadas por quienes, conforme a la legislación que les sea aplicable, les puedan representar y defender en procedimientos judiciales (art. 118.4). Me he referido a la Hacienda Pública (AEAT), FOGASA y TGSS en epígrafes anteriores.

La lista de asistentes a la junta se formará sobre la base del texto definitivo de la lista de acreedores⁵⁴, especificando en cada caso quienes asistan personalmente, quienes lo hagan por representante, con

⁵⁴ Documento judicial ya comentado, que se identifica con la lista de acreedores presentada por la administración concursal ex art. 75.2.2.º o con la que debe incorporarse al texto definitivo, según el art. 96.4.

identificación del acto por el que se confirió la representación, y quienes se tengan por presentes conforme al apartado 3 del artículo 118, es decir, los acreedores que hubieran suscrito o se hubiesen adherido a las propuestas de convenio. La lista de asistentes se insertará como anexo al acta, bien en soporte físico o informático, diligenciado, en todo caso, por el secretario (art. 119).

Los acreedores asistentes a la junta o sus representantes podrán solicitar aclaraciones sobre el informe de la administración concursal y sobre la actuación de ésta, así como sobre las propuestas de convenio y los escritos de evaluación emitidos (art. 120). A estos fines, considero recomendable la asistencia de los auxiliares delegados, si hubieran sido nombrados.

El presidente abrirá la sesión, dirigirá las deliberaciones y decidirá sobre la validez de los apoderamientos, acreditación de los comparecientes y demás extremos que puedan resultar controvertidos. La sesión comenzará con la exposición por el Secretario judicial de la propuesta o propuestas admitidas a trámite que se someten a deliberación, indicando su procedencia y, en su caso, la cuantía y la clasificación de los créditos titulados por quienes las hubiesen presentado. Se deliberará y votará en primer lugar sobre la propuesta presentada por el concursado; si no fuese aceptada, se procederá del mismo modo con las presentadas por los acreedores, sucesivamente y por el orden que resulte de la cuantía mayor a menor del total de los créditos titulados por sus firmantes. Tomada razón de las solicitudes de voz, para intervenciones a favor y en contra de la propuesta sometida a debate, el presidente concederá la palabra a los solicitantes y podrá considerar suficientemente debatida la propuesta una vez se hayan producido alternativamente tres intervenciones en cada sentido. Concluido el debate, el presidente someterá la propuesta a votación nominal y por llamamiento de los acreedores asistentes con derecho a voto, es decir, no serán llamados los titulares de créditos subordinados, aunque podrán intervenir en las deliberaciones. Recuerdo que las propuestas de convenio sometidas a votación serán las presentadas por el deudor o por los acreedores, sin modificación alguna, según el art. 114.2. Los acreedores asistentes podrán emitir el voto en el sentido que estimen conveniente, aunque hubieren firmado la propuesta o se hubieren adherido a ella. Se computarán como votos favorables a la correspondiente propuesta de convenio los de los acreedores firmantes y los de los adheridos que no asistiendo a la junta hayan sido tenidos por presentes. Aceptada una propuesta, no procederá deliberar sobre las restantes (art. 121).

No tendrán derecho a voto los créditos subordinados ni los que hubieran adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declara-

ción del concurso, salvo que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal o como consecuencia de una realización forzosa (art. 122). Se intenta evitar, al parecer, el mercadeo de créditos.

El art. 123 faculta la asistencia a la junta para convenio de los acreedores privilegiados y su intervención en las deliberaciones, sin que su asistencia afecte al cómputo del quórum de constitución ni queden sometidos a los efectos del convenio aprobado, salvo que voten favorablemente a la propuesta de convenio que sea aceptada y aprobada. En el supuesto de la titularidad por un acreedor de créditos privilegiados y ordinarios, se presumirá que el voto emitido ha sido en relación con estos últimos y sólo afectará a los privilegiados si así se hubiese manifestado expresamente. Se respeta, por tanto, el derecho de abstención de los créditos privilegiados, tanto con privilegio especial como general.

Para que se considere aceptada por la junta una propuesta de convenio será necesario el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso. Sin embargo, cuando la propuesta de convenio consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios, en plazo no superior a tres años, o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra (art. 124). Quórum excepcional, respecto del general (mitad del pasivo ordinario, cuando menos), aplicable a las propuestas de convenio especialmente favorables para los acreedores.

Según el art. 125, para que se considere aceptada una propuesta de convenio que atribuya un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características será preciso, además de la obtención de la mayoría que corresponda conforme al artículo 124, el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular. Al mencionar el pasivo, se está refiriendo a los titulares de los créditos concursales correspondientes, es decir, aquellos créditos a los que sean aplicables las cláusulas generales del convenio, no las singulares. A estos efectos, no se considerará que exista un trato singular, cuando la propuesta de convenio mantenga a favor de los acreedores privilegiados, que voten a su favor, ventajas propias de su privilegio, siempre que esos acreedores queden sujetos a quita, espera o a ambas, en la misma medida que los ordinarios. Dicho privilegio puede ser especial o general (art. 89) y, en ambos casos, si votasen su adhesión a un convenio, que les otorgara las ventajas propias de la graduación de su crédito, no se consideraría que han recibido un trato singular. Consecuentemente, para la aprobación de tal convenio se computará el quórum general que corresponda ex art. 124. No podrá someterse a deliberación la propuesta de convenio que implique nuevas obligaciones a

cargo de uno o varios acreedores, sin la previa conformidad de éstos, incluso en el caso de que la propuesta tenga contenidos alternativos o atribuya trato singular a los que acepten las nuevas obligaciones (arts. 99 y 100).

El Secretario judicial extenderá acta de la junta, en la que relatará de manera sucinta lo acaecido en la deliberación de cada propuesta y expresará el resultado de las votaciones con indicación del sentido del voto de los acreedores que así lo solicitaren, y los acreedores podrán solicitar también que se una al acta texto escrito de sus intervenciones cuando no figurasen ya en autos. Cualquiera que hubiera sido el número de sesiones, se redactará una sola acta de la junta, que una vez leída y firmada por el secretario, dará lugar a que el presidente levante la sesión. El acto será grabado en soporte audiovisual, conforme a lo previsto para la grabación de vistas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 187 NLEC).

El concursado, la administración concursal y cualquier acreedor tendrán derecho a obtener, a su costa, testimonio del acta, literal o en relación, total o parcial, que se expedirá por el secretario del juzgado dentro de los tres días siguientes al de presentación de la solicitud, así como una copia de la grabación realizada. El Secretario del juzgado dará fe de la documentación de estas actuaciones, conforme a lo dispuesto en los artículos 146 y 147⁵⁵ de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 126).

En el mismo día de conclusión de la junta o en el siguiente hábil, el Secretario elevará al Juez el acta y, en su caso, someterá a la aprobación de éste el convenio aceptado (art. 127).

Interesa destacar, sobre la aprobación del convenio, el comentario que dedica la exposición de motivos a su aprobación judicial:

«El convenio necesita aprobación judicial. La ley regula la oposición a la aprobación, las personas legitimadas y los motivos de oposición, así como los de rechazo de oficio por el juez del convenio aceptado. La aprobación del convenio no produce la conclusión del concurso, que sólo se alcanza con el cumplimiento de aquél».

3.3.3. OPOSICIÓN AL CONVENIO ACEPTADO

Podrá formularse oposición, en el caso de propuesta anticipada, a la aprobación judicial del convenio en el plazo de diez días, contado desde el siguiente a la fecha en que el juez haya verificado que las adhe-

⁵⁵ «Artículo 146. Documentación de las actuaciones». «Artículo 147. Documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido».

siones presentadas alcanzan la mayoría legal para la aceptación del convenio o desde la fecha de conclusión de la junta, cuando en ella se acepte una propuesta de convenio.

Estarán activamente legitimados para formular dicha oposición la administración concursal, los acreedores no asistentes a la junta, los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría, así como, en caso de propuesta anticipada de convenio, quienes no se hubiesen adherido a ella.

La oposición sólo podrá fundarse: a) En la infracción de las normas que esta ley establece sobre el contenido del convenio (art. 100), infracción legal que incluye aquellos supuestos en que la adhesión o adhesiones decisivas para la aprobación de una propuesta anticipada de convenio o, en su caso, el voto o votos decisivos para la aceptación del convenio por la junta, hubieran sido emitidos por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenidos mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios; b) En la forma y el contenido de las adhesiones (art. 103); y, c) En la constitución de la junta (art. 116) o su celebración (art. 121), según el art. 128.1.

La administración concursal y los acreedores legitimados para formular oposición que, individualmente o agrupados, sean titulares, al menos, del cinco por ciento de los créditos ordinarios, podrán oponerse a la aprobación judicial del convenio, además, cuando el cumplimiento de éste sea objetivamente inviable. Esta última causa de oposición, podrá fundarse en la evaluación del plan de pagos y, en su caso, del plan de viabilidad, cuando el informe de evaluación de la administración concursal hubiese sido desfavorable (art. 128.2).

Por último, dentro del plazo señalado, se legitima al concursado para oponerse a la aprobación del convenio, por las mismas causas, si no hubiere formulado ni hubiere prestado conformidad a la propuesta aceptada por la junta, o para solicitar la liquidación quedando sujeto al convenio que resulta aprobado, en otro caso (art. 128.3). Al parecer, incluso cuando el concursado hubiera sido el proponente del convenio aceptado por la junta o hubiera prestado conformidad a la propuesta por los acreedores, que resultó aceptada por la junta, puede desligarse de dicho convenio y solicitar la apertura de la fase de liquidación.

Salvo que las adhesiones o votos, decisivos para la aceptación de convenio, hayan sido obtenidas o emitidos irregularmente (art. 128.1 *in fine*), no podrá formularse oposición fundada en infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta por quien, habiendo asistido a ésta, no la hubiese denunciado en el momento de su comisión, o, de

ser anterior a la constitución de la junta, en el acto de declararse constituida (art. 128.4), a que se refiere el art. 116.4.

La oposición se ventilará por los cauces del incidente concursal y se resolverá mediante sentencia que aprobará o rechazará el convenio aceptado, sin que en ningún caso pueda modificarlo, aunque sí fijar su correcta interpretación cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada. En todo caso, el juez podrá subsanar errores materiales o de cálculo (art. 129.1).

Si dicha sentencia estimase la oposición por infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta, el juez convocará nueva junta con los mismos requisitos de publicidad y antelación establecidos en el apartado 2 del artículo 111, que habrá de celebrarse dentro del mes siguiente a la fecha de la sentencia. En esta junta se someterá a deliberación y voto la propuesta de convenio que hubiese obtenido mayoría en la anterior y, de resultar rechazada, se someterán, por el orden establecido en el apartado 2 del artículo 121, todas las demás propuestas admitidas a trámite (art. 129.2).

La sentencia, que estime la oposición por infracción legal en el contenido del convenio o inviabilidad objetiva de su cumplimiento, declarará rechazado el convenio y contra la misma podrá presentarse recurso de apelación (art. 129.3). La sentencia firme que rechace el convenio dará paso a la apertura de la fase de liquidación.

El juez, al admitir a trámite la oposición y emplazar a las demás partes para que contesten, podrá tomar cuantas medidas cautelares procedan para evitar que la demora derivada de la tramitación de la oposición impida, por sí sola, el cumplimiento futuro del convenio aceptado, en caso de desestimarse la oposición. Entre tales medidas cautelares podrá acordar que se inicie el cumplimiento del convenio aceptado, bajo las condiciones provisionales que determine (art. 129.4), pero se mantendrá en sus funciones a la administración concursal.

3.3.4. APROBACIÓN JUDICIAL DE CONVENIO ORDINARIO

Transcurrido el plazo de oposición, sin que se hubiese formulado ninguna, el juez dictará sentencia aprobando el convenio aceptado por la junta, salvo lo establecido en el artículo 131, es decir, que el juez lo rechazase de oficio, por alguna de las causas previstas en el art. 128.1, anteriormente relacionadas (art. 130).

El juez, haya sido o no formulada oposición, rechazará de oficio el convenio que haya obtenido adhesiones suficientes de acreedores o que haya sido aceptado por la junta, si apreciare que se ha infringido alguna de las normas que la Ley establece sobre el contenido del convenio

(art. 100), sobre la forma y el contenido de las adhesiones (art. 103) y sobre la constitución de la junta (art. 116) o su celebración (art. 121), según el art. 131.1.

Si la infracción apreciada afectase a la forma y contenido de algunas de las adhesiones (art. 103), el juez, mediante auto, concederá el plazo de un mes para que aquéllas se formulen con los requisitos y en la forma establecidos en la Ley, transcurrido el cual dictará la oportuna resolución (art. 131.2).

Si la infracción apreciada afectase a la constitución o a la celebración de la junta (arts. 116 a 126), el juez dictará auto acordando la convocatoria de nueva junta para su celebración conforme a lo establecido en el apartado 2 del artículo 129 (art. 131.3).

A la sentencia aprobatoria se dará la publicidad prevista en los arts. 23 y 24, según el art. 132, es decir, se publicará en el *BOE* y en un diario con difusión en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, así como en otro diario de los de mayor difusión en la provincia donde radique su domicilio. Igualmente se inscribirá en los Registros públicos que procedan (Registro Civil, Registro Mercantil, Registro de Propiedad, etc.).

La mencionada sentencia confiere eficacia al convenio, salvo que fuese recurrida en apelación (art. 133.1).

Dicha eficacia produce el cese de los administradores concursales, sin perjuicio de sus funciones cuando se forme la sección de calificación del concurso (art. 167 que se remite al art. 163), que en este caso, de aprobación de convenio, tendrá lugar cuando consista en una quita superior a un tercio de los créditos o una espera superior a tres años. Desde la fecha de la eficacia del convenio (sentencia de aprobación) cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio, sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor establece el art. 42 (colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso). Asimismo, como indicaba, cesarán en su cargo los administradores judiciales, sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o alguno de ellos hasta su íntegro cumplimiento. Pero el ejercicio de las funciones que el convenio les encomiende no mantiene el estatuto de la administración concursal y sólo actuarán como mandatarios. Producido el cese, los administradores judiciales rendirán cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que éste señale (art. 133.2).

La eficacia parcial del convenio, o sea, la iniciación del cumplimiento del convenio aceptado, podrá acordarse provisionalmente por el juez, conforme a lo prevenido en el artículo 129.4, es decir, cuando la

oposición impida el cumplimiento futuro del convenio aceptado, pero en tal caso no cesarán todos los efectos de la declaración de concurso ni en su cargo los administradores concursales (art. 133.3).

3.4. Vinculación al convenio

El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos. Los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Para dichos créditos subordinados queda a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos, que se permiten en el art. 100.2 (art. 134.1).

Los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable. Además, podrán vincularse al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez, mediante adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento, en cuyo caso quedarán afectados por el convenio (art. 134.2).

El derecho de abstención ampara a los mal llamados acreedores de dominio, algunos de los cuales la nueva Ley concursal incluye con privilegio especial (art. 90.1.4.º), y a los demás créditos privilegiados (especial o general), es decir, pueden abstenerse de suscribir el convenio concursal y, si se alcanza y es aprobado por el juez, no les obligará lo acordado entre el deudor y los acreedores. Respecto del crédito tributario, al que me referiré en el capítulo 6, la LGT de 1963, derogada a partir del 1.07.2004, regula este derecho en los términos siguientes:

«Art. 129.4. El carácter privilegiado de los créditos tributarios otorga a la Hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales. No obstante, podrá, en su caso, suscribir acuerdos o convenios concertados en el curso de los procesos concursales para lo que se requerirá únicamente autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria».

La nueva LGT 58/2003, de 17 de diciembre, en vigor desde el 1 de julio de 2004, repite el primer inciso del apartado anterior. El crédito tributario y otros gozan, por tanto, del derecho de abstención en la me-

didada que son clasificados con privilegio especial o general⁵⁶, es decir, quedarán vinculados al convenio por la parte de sus créditos cuyo privilegio general no pueda ser ejercido (cincuenta por ciento de su importe). Consecuentemente, respecto de estos créditos con privilegio general no ejercitable, la Hacienda Pública no está facultada para suscribir acuerdos o convenios singulares, quedando obligada por el convenio de masa. El mismo tratamiento se observa para los créditos de la TGSS ex art. 22 del TRLGSS, aprobado por RDL 1/1994, de 20 de junio, modificado por la disposición final decimosexta de la Ley concursal, que comentaré en el capítulo 7.

3.5. *Cumplimiento del convenio*

El convenio podrá establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor. Su infracción constituirá incumplimiento del convenio, cuya declaración podrá ser solicitada del juez por cualquier acreedor (art. 137). Imagino que tales medidas pueden consistir, por ejemplo, en impedir la enajenación o gravamen de bienes del inmovilizado o en limitar las facultades de administración ordinaria y de disposición del deudor, supe-ditándolas a la previa autorización de mandatarios *ex* art. 133.2.

Con periodicidad semestral, contada desde la fecha de la sentencia aprobatoria del convenio, el deudor informará al juez del concurso acerca de su cumplimiento (art. 138). Puede asimilarse a la rendición de cuentas (ingresos y pagos, cobro y pagos, etc.), aunque si el concursado fuese sujeto contable cumplirá mejor este deber informativo con la presentación de los estados financieros intermedios semestrales (Norma 12.^a de la Cuarta Parte del PGC).

El deudor, una vez que estime íntegramente cumplido el convenio, presentará al juez del concurso el informe correspondiente con la justificación adecuada y solicitará la declaración judicial de cumplimiento. Se trata, me parece, de una modalidad de rendición de cuentas definitiva, en la que se acredite fehacientemente el cumplimiento del convenio, es decir, del plan de pagos. El juez acordará poner de manifiesto en

⁵⁶ «Artículo 91. *Créditos con privilegio general. Son créditos con privilegio general:...* 2.º *Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal...* 4.º *Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2.o de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe».*

la secretaría del juzgado el informe y la solicitud, lo que limita su conocimiento a los acreedores personados y a quienes acudan personalmente. Transcurridos quince días desde la puesta de manifiesto, el juez, si estimare cumplido el convenio, lo declarará mediante auto, al que dará la misma publicidad que a su aprobación ex arts. 23 y 24 (art. 139).

3.6. *Incumplimiento*

Cualquier acreedor que estime incumplido el convenio, en lo que le afecte, podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento, en el plazo de dos meses desde que se publique el auto de cumplimiento de convenio, que se tramitará por el cauce del incidente concursal, contra cuya sentencia cabe recurso de apelación, y si se declarase el incumplimiento supondrá la rescisión del convenio y la desaparición de los efectos de quita y espera ex art. 136 (art. 140), así como la apertura de oficio de la liquidación, según el art. 143.1.5.º, lo que conlleva la reposición de la administración concursal, cesada por la aprobación del convenio (art. 133.2), salvo que hubiera continuado en la sección sexta, relativa a la calificación del concurso.

3.7. *Conclusión del concurso*

Firme el auto de declaración de cumplimiento del convenio y transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento (dos meses) o, en su caso, rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieren ejercitado, el juez dictará auto de conclusión del concurso, al que se dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 (art. 141).

4. **Derecho concursal derogado**

En la **quita y espera**, para que pueda celebrarse la junta de acreedores se requiere quórum de constitución, dada la exigencia de un determinado quórum, para que sea aprobada la proposición de convenio en la junta de acreedores, a saber: dos tercios de los votantes y tres quintos del total pasivo (arts. 1138 y 1139.6.º LEC). La Jurisprudencia seleccionada⁵⁷ declara:

⁵⁷ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Angel, BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. y CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén, Legislación y jurisprudencia concursales. Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 53.

«Con un activo superior al pasivo, el deudor, al solicitar judicialmente de sus acreedores quita y espera, o cualquier de las dos cosas, se ajusta a lo dispuesto en el artículo 1912, pero al añadir dicho artículo que no producirá efectos jurídicos el ejercicio de este derecho sino en los casos y en la forma previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de acudirse al artículo 1142 de la Ley procesal, en el que se ordena que se tenga por desechada la proposición de quita o espera cuando no concurren acreedores en número suficiente para constituir la junta o no reúna a su favor las dos mayorías expresadas en la regla 6.ª del artículo 1139, aunque tampoco las reúna el voto contrario. (STS 04.11.1994). No habiéndose reunido número suficiente de acreedores para constituir junta y mayoría en el día de su primera convocatoria, y acordando la suspensión de aquella por falta de citación y concurrencia de acreedores, la Sala se ajusta al artículo 873 del C. de C. y a los artículos 1142 y 1143 de la LEC, concordantes en la disposición de que en tal caso quede terminado el expediente y en libertad todos los interesados para hacer uso de sus respectivos derechos». (STS 10.12.1888 y 28.12.1895). «Si bien se desprende de los artículos 902 del C. de C. y 1144 y 1151 de la LEC que el acuerdo de la junta de acreedores favorable al convenio propuesto por el deudor no puede alterarse de oficio, sino a instancia de parte legítima y previa la tramitación establecida en el 1150 de la Ley Procesal, esto debe entenderse en el supuesto de que hubiere existido verdadero acuerdo, y no puede estimarse que lo hay cuando la mayoría no se forma por las dos terceras partes de los asistentes, o cuando sus créditos no importen los tres quintos del pasivo» (STS 11.10.1899).

La junta de acreedores se celebrará bajo la presidencia del juez y con asistencia del secretario. Acto seguido se dará lectura a los artículos de la anterior LEC que se refieran al objeto de la sesión, de la solicitud del deudor y de las relaciones de bienes y deudas presentadas con la misma. A continuación se abrirá el debate sobre la propuesta de convenio, pudiendo hablar dos acreedores a favor y dos en contra (art. 1139 LEC). Si la proposición solicitando dichos beneficios de quita y/o espera fuese debidamente aprobada por la junta, y no es impugnada, el juez mandará llevarlo a efecto y se producen las siguientes consecuencias jurídicas: a) En cuanto al deudor, que debe cumplir la proposición, y si no lo hace puede ser declarado en «concurso necesario» a instancia de cualquier acreedor (art. 1155 LEC). Si el deudor cumple quedan extinguidas sus obligaciones, en los términos estipulados en el convenio; y, b) Respecto de los acreedores se producen los mismos efectos que los convenios celebrados en «concurso», es decir, obliga a todos los acreedores concurrentes a la junta y a los ausentes que hayan sido citados en forma, y no obliga a aquellos acreedores que tuvieron derecho de abstención y hubieren usado de él (hipotecarios, pignoratícios, insti-

tucionales —Hacienda Pública y otras entidades oficiales—, etc.), ex art. 1140 (art. 1152 LEC).

El profesor Cordón Moreno⁵⁸ concreta:

«Si el convenio no es impugnado el juez mandará llevarlo a efecto, dictando para su ejecución las providencias que correspondan, siempre a instancia de parte (art. 1151). El mismo será obligatorio para todos los acreedores, excepto para aquellos (los hipotecarios fundamentalmente) que, gozando de derecho de abstención, hicieron uso del mismo (art. 1140) y para los que no fueron citados a la junta ni se les hizo la notificación del acuerdo que prevé el artículo 1145 (cfr. art. 1152). A todos ellos, y también a los no incluidos en la relación presentada por el deudor, les quedará a salvo su derecho, a no ser que se hayan adherido al convenio expresa o tácitamente (art. 1153). El incumplimiento del convenio por el deudor hace recobrar a los acreedores sus derechos y determina que pueda ser declarado en concurso necesario, aunque no haya pendiente ninguna ejecución contra él (art. 1155)».

El acuerdo de la junta puede ser impugnado por los acreedores disidentes o que no hubieran asistido, y dicha oposición se formulará en la forma de demanda ordinaria (art. 524 LEC) y se sustanciará por el trámite de los incidentes (art. 1150 LEC). Las causas de oposición se encuentran tasadas en el art. 1149 de la LEC, a saber:

«Las únicas causas por las que podrán ser impugnados los acuerdos sobre quita o espera serán: 1.ª Defecto en las formas empleadas para la convocatoria, celebración y deliberación de la Junta. 2.ª Falta de personalidad o de representación en alguno de los que hayan concurrido con su voto a formar la mayoría. 3.ª Inteligencias fraudulentas entre uno o más acreedores y el deudor para votar a favor de la quita o espera. 4.ª Exageración fraudulenta de créditos para procurar mayoría de cantidad».

El profesor De la Oliva Santos⁵⁹ puntualiza:

«El acuerdo que eventualmente se alcance en la junta concediendo quita o/y espera puede ser impugnado por ciertos acreedores (los que acudiesen a la junta y hubiesen disentido y protestado o los que no concurrieron) en virtud de causas legalmente tasadas (art. 1149 LEC). En tal caso, se promueve un proceso que finaliza con sentencia apelable en ambos efectos ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, siendo dudosa la procedencia de la casación. En este incidente-proce-

⁵⁸ ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA, Alfredo Montoya Melgar (dir.), Madrid, Civitas, 1995, vol. IV, pág. 5453.

⁵⁹ OLIVA, Andrés de la y FERNÁNDEZ, Miguel Angel, *Derecho procesal civil*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, vol. IV.

so, es parte demandada el deudor y cabe una intervención adhesiva litisconsorcial con éste de los acreedores interesados en sostener el acuerdo (art. 1150 LEC). Si no hay oposición al acuerdo será homologado por el juez en un auto no susceptible de recurso».

Es posible que finalice **el concurso de acreedores** por medio de un convenio que celebre el deudor con sus acreedores, siempre que estuviera pendiente su declaración como fraudulento, aunque esta limitación no es aplicable a las compañías o sociedades. El convenio puede celebrarse en cualquier momento del juicio, siempre que se haya hecho ya el examen y reconocimiento de créditos, y debe votarse en junta de acreedores, cuya convocatoria acordará el Juez (arts. 1303 y 1313 LEC). Para la aprobación del convenio se exige, además del quórum de constitución (conurrencia de acreedores que representen, por lo menos, las tres quintas partes del pasivo), la doble mayoría prevista en el art. 1139 LEC, es decir: 1.º Que se reúnan dos terceras partes de votos de los acreedores que tomen parte en la votación; 2.º Que los créditos que voten a favor del convenio importen, cuando menos, las tres quintas partes del total pasivo del deudor.

La proposición de convenio puede partir tanto del deudor como de cualquiera de sus acreedores. Las SSTs, de fechas 14.12.1960 y 06.06.1977⁶⁰, declaran:

«El artículo 1304 detalla las condiciones que debe reunir toda solicitud para convocatoria a junta que tenga por objeto el convenio, ya se haga por el deudor o cualquiera de los acreedores, que son en resumen: que se formulen con claridad, que se acompañen las copias necesarias y que, el que las haga, se obligue a satisfacer los gastos a que dé lugar la convocatoria y celebración de la junta».

El profesor Villarrubias Guillamet⁶¹ indica:

«A la vista de la amplitud con que se expresa el art. 1303 de la LEC, fruto del convenio alcanzado con los acreedores, podrá surgir la comisión liquidadora como consecuencia de la adopción de un convenio liquidatorio para la liquidación del patrimonio del insolvente no comerciante y la satisfacción de los acreedores. La naturaleza de dicho convenio liquidatorio es, sustancialmente, idéntica a la señalada anteriormente respecto de la quiebra. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en la suspensión de pagos, tanto en el concurso como en la

⁶⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Angel, BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. y CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén, *op. cit.*

⁶¹ VILLARRUBIAS GUILLAMET, Felio, «La comisión liquidadora de acreedores en el ámbito concursal», en *Derecho Concursal II. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pág. 304.

quiebra, deudor y acreedores están enfrentados, lo que puede provocar una mayor complejidad del acuerdo en estos procedimientos, pero sin que todo ello impida admitir que se alcance éste».

Peculiar forma y contenido del convenio se regula en el art. 1918 del CC: *«Cuando el convenio de quita y espera se celebre con acreedores de una misma clase, será obligatorio para todos el acuerdo legal de la mayoría, sin perjuicio de la prelación respectiva de los créditos»*, que da lugar a los siguientes comentarios del profesor De Angel Yágüez⁶²:

«Lo que el presente art. 1918 determina es el sometimiento de todos los acreedores “de una misma clase” al “acuerdo legal” de la mayoría. La expresión “de una misma clase” mueve a pensar que la norma se refiere a acreedores privilegiados, puesto que para los comunes u ordinarios bastaría lo ordenado en el art. 1917. De acuerdo con esta interpretación (en la que coinciden Gullón y Lacruz Berdejo), quedarían sometidos al mandato de la norma los acreedores dotados de igual preferencia o privilegio (por ejemplo, todos los que tuvieren privilegio especial mobiliario del art. 1922). Al referirse la norma a “acreedores de una misma clase”, lo que sin duda quiere impedir es que los de rango inferior puedan imponer su voluntad a los preferentes (S 11.05.1894). Termina el precepto diciendo: “... sin perjuicio de la prelación respectiva de los créditos”. Parece que este inciso no admite más que una interpretación: acordada la quita y espera con los “acreedores de una misma clase”, todos ellos quedan obligados por lo convenido. Pero la eventual prelación entre ellos seguiría en pie para que cobrasen, con ese orden o prelación, los créditos previamente reducidos (quita) o aplazados (espera). Dicho de otro modo, el sometimiento de todos los acreedores —de los afectados por este precepto— a lo acordado con el deudor, no implica que entre ellos desaparezcan sus respectivas condiciones o características en punto a prelación o preferencia en el cobro. Todo ello, desde luego, siempre que el acuerdo sea “legal”, adjetivo que supone una remisión a las reglas de la LEC sobre condiciones para la obligatoriedad de un acuerdo de quita y espera (sobre todo, arts. 1138 y 1139 LEC), o de un convenio entre acreedores y concursado —convenio “concursal” propiamente dicho— (en este último caso, en aplicación de esos mismos arts., por imperativo del 1312 de la propia LEC)».

Una vez votado favorablemente el convenio y sancionado por la autoridad judicial, produce los siguientes efectos:

- 1.º En cuanto al deudor, si cumple el convenio, se extinguen sus obligaciones en los términos estipulados en el mismo. Si no lo

⁶² ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo de, *Comentario del Código Civil*, Barcelona, Bosch, 2000, Tomo 9, págs. 227-228.

cumple, vuelve a renacer el derecho de los acreedores por las cantidades que no hubieren percibido de su crédito, pudiendo cualquiera de ellos pedir la declaración o continuación del concurso (art. 1919 CC).

- 2.º En cuanto a los acreedores, el convenio obliga a todos los concurrentes a la junta, así como a los que, habiendo sido citados, no hubiesen impugnado el mismo. No obliga a los acreedores privilegiados que tuvieren derecho de abstención y hubiesen usado de él, comprendidos en los arts. 1922, 1923 y 1924 del CC (art. 1917 CC). Advierte el profesor De Angel Yáguez:

«Pero debe entenderse, por disponerlo así el art. 1140 LEC, que esos acreedores privilegiados (o al menos los concretos que cita dicho precepto) pueden concurrir a la Junta y no tomar parte en la votación, en cuyo caso tampoco están obligados a estar y pasar por lo acordado en ella».

- 3.º Respecto a las deudas sufren una especie de sustitución o renovación, pues quedan extinguidas en los términos estipulados, aunque tal extinción no es absoluta, pues si el deudor incumple, vuelve a renacer en la parte no saldada, permaneciendo vivas en dicha parte, para dirigirse contra bienes adquiridos en el futuro por el deudor (art. 1920 CC).

Es aplicable a la impugnación del convenio la normativa establecida para la quita y espera, según el art. 1312 de la LEC, en particular, los arts. 1149 y 1150, debiendo los síndicos sostener el acuerdo de la junta, a cuyo fin serán parte en el juicio de oposición. La sentencia que recaiga en dicho juicio será apelable en ambos efectos, cuando declare la nulidad o ineficacia del convenio. En otro caso, la apelación se admitirá en un efecto, y se llevará a ejecución el convenio entre el deudor y los acreedores que lo acepten, sin perjuicio de lo que se resuelva por sentencia firme.

El procedimiento de **suspensión de pagos** tiene por finalidad la celebración de un convenio entre el suspenso y sus acreedores, que habrá de ser aprobado en junta general de acreedores convocada y presidida por el juez, o en procedimiento escrito, por mayorías cualificadas (art. 10 de la LSP). En el caso de que los acreedores excedan de doscientos el juez podrá acordar la suspensión de la junta y su sustitución por la tramitación escrita, a solicitud del deudor o de cualesquiera de los acreedores (art. 18 de la LSP). El convenio parte de la proposición presentada con su solicitud por el deudor para pago de sus débitos (art. 2.4.º de la LSP) y puede ser modificado por los acreedores con el asentimiento del suspenso.

Las cláusulas del convenio son libres como en cualquier otro contrato, con el límite de su licitud, y, en la práctica, además del habitual aplazamiento y/o fraccionamiento de pago, con o sin período de carencia, con quita o no, se acuerdan fórmulas de liquidación, cesión de bienes como dación en pago o para pago (*prosoluto y prosolvendo*), etc. La STS, de 15.12.1989, resuelve que en el convenio con cesión de bienes (*prosolvendo*), si los bienes no cubren todas las deudas, no se extinguen los créditos y se conservan las acciones contra los deudores solidarios o cumulativos. La STS, de 19.10.1992, declara que los pactos del convenio aprobado integran una dación en pago de deudas o *datio prosoluto* y se analizan las diferencias entre la adjudicación de bienes en pago y para pago de deudas, en un expediente de suspensión de pagos, así como el momento en el que el convenio alcanzado produce efectos vinculantes. Además de la anterior STS, de 19.10.1992, el profesor Ortiz Navacerrada⁶³, sobre la cesión de bienes a los acreedores, en la doble modalidad de *datio prosoluto* o *datio prosolvendo*, con las derivaciones consiguientes a propósito de transmisión del dominio y posible interposición de tercerías de dominio, considera de interés las siguientes resoluciones judiciales: STS 14 de septiembre de 1987; STS 26 de octubre de 1988; STS 13 de febrero de 1989; STS 15 de diciembre de 1989; STS 13 de octubre de 1993; SAP Burgos, Sec. 2.^a, 31 de mayo de 1993; SAP de Huesca, de 5 de octubre de 1995; STS 3 de julio de 1997. El art. 14 *in fine* autoriza, para los casos de insolvencia definitiva, que la propuesta de la junta de acreedores tenga por objeto la continuación o el traspaso de la empresa, con las condiciones que se fijen en el mismo convenio, según menciona el art. 928 del C. de C., lo que resulta obvio en las insolvencias provisionales.

Convocada la junta por el juzgado, se citará a los acreedores mediante cédula, a los de la plaza, y por carta certificada, con acuse de recibo, a los que residan fuera de ella. Además se dará a la convocatoria la publicidad que estime el juez pertinente, y que normalmente consiste en su publicación mediante Edictos en el *BOE*, *BOP* y periódico local (art. 10 de la LSP).

Todos los acreedores que figuren en la lista definitiva ordenada en el art. 12, o sus cesionarios por endoso o transferencia, podrán concurrir personalmente o por medio de representante, con poder suficiente. El deudor y los interventores quedan obligados a asistir a la junta. Abierta la sesión por el juez, se dará lectura a la lista definitiva de acreedores por él aprobada, haciendo constar en la apertura del acta la compare-

⁶³ ORTIZ NAVACERRADA, Santiago, *El proceso de suspensión de pagos en la jurisprudencia última*. Madrid, La Ley-Actualidad, 1996, págs. 84-86.

cencia de los acreedores asistentes y la cuantía de sus respectivos créditos, según lista definitiva aprobada, no consintiéndose sobre los créditos comprendidos en aquélla debate alguno, pero sí que se consignent por los interesados las protestas correspondientes, sin perjuicio de las posteriores reclamaciones que en cada caso procedan con arreglo a las leyes. Para la válida constitución de la junta deberán concurrir a ella acreedores que representen, al menos, tres quintas partes del pasivo del deudor, deducido el importe de los créditos de los acreedores que hayan usado del derecho de abstención. Si no concurriera ese quórum de presencia el juez levantará la sesión, declarando concluido el expediente, una vez comprobado que todos los acreedores habían sido debidamente citados a la junta, y contra este acuerdo no cabrá recurso alguno, aunque deberá publicarse en la misma forma que el auto de declaración de suspensión de pagos y registrarse en el libro especial del juzgado en el que se anotó la providencia de admisión (art. 13 de la LSP). Constituida legalmente la junta se procederá a la lectura, por el secretario del juzgado, de la solicitud del deudor, la propuesta de convenio, las cifras que arrojan el activo y pasivo, y el dictamen de los interventores, sobre la certeza o inexactitud de las causas que, según la memoria presentada, hayan originado la suspensión. Así se deduce literalmente del primer párrafo del art. 14: «... y el dictamen, como dispone el número 3 del art. 8». Pero el número 3 (extremo 3.º) cita las causas, por lo que resultaría parcial y, por ello, en la práctica, se da lectura al dictamen completo o a sus partes más significativas. Abierta a discusión la proposición de convenio formulada por el deudor, la cual podrá ser libremente modificada por los acreedores, con el consentimiento de aquél, podrán hablar tres acreedores a favor del convenio propuesto y tres en contra. En general es el propio deudor quien modifica su propuesta inicial de convenio y la somete a discusión, aún cuando no está previsto en la Ley especial, excepto para las sociedades anónimas que lo autoriza en el art. 2.5.º, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada. En esta junta los interventores podrán hacer uso de la palabra cuantas veces lo deseen, con la venia de SS.^a, aunque se suelen limitar a dar satisfacción a las preguntas de los acreedores sobre cuestiones varias, entre las que destacan las relativas a la solvencia de la empresa y la confianza que inspira para el posible cumplimiento del convenio propuesto. A este fin, es conveniente que los interventores dispongan de los estados financieros de la empresa suspensa, debidamente actualizados. Cuando el convenio se limite a establecer una espera que no exceda de tres años y la suspensión de pagos haya sido calificada de insolvencia provisional, quedará aprobado si consigue el voto favorable de la mitad más uno de los acreedores concurrentes a la junta, que repre-

senten, cuando menos, las tres quintas partes del total pasivo del deudor, deducido el importe de los créditos de los acreedores que hubieren hecho uso de su derecho de abstención. Si no se alcanzaran las mayorías indicadas de personas y capital, se entenderá desechada la propuesta de convenio (art. 15), y el juez declarará concluso el expediente (sobreseimiento). Si el convenio estableciera una espera mayor de tres años, o cuando se haya calificado el expediente de insolvencia definitiva, se necesitará, para su aprobación, el voto de la mitad más uno de los acreedores concurrentes y las tres cuartas partes del pasivo antes mencionado. Si no se reuniera esta mayoría de capital, pero sí el quórum de personas, el juez convocará nueva reunión de la junta, en la que podrá quedar aprobado el convenio con el voto favorable de las dos terceras partes del pasivo computable, es decir, el total pasivo menos los créditos con derecho de abstención, cuyos acreedores hubiesen usado de él, según previene el párrafo 4.º del art. 14, y concreta el párrafo 3.º del art. 15 de la LSP. Cuando el número de acreedores de la lista exceda de doscientos bastará para la aprobación del convenio el quórum de capital, es decir, los tres quintos o los tres cuartos del pasivo computable, según se ha expuesto, sin necesidad de votación numérica (art. 14 de la LSP). Es decir, tres quintos para los casos de insolvencia provisional y espera que no exceda de tres años, y tres cuartos cuando el aplazamiento supere los tres años y en todos los supuestos de insolvencia definitiva.

Votado favorablemente el convenio por los acreedores el juez se limitará a proclamar el resultado de la votación, absteniéndose de aprobarlo hasta que transcurra el plazo de ocho días que tienen determinados acreedores para oponerse a su aprobación (arts. 15 y 16 de la LSP). Consecuentemente el juez dictará providencia proclamando el resultado de la votación favorable al convenio por la junta de acreedores, y una vez transcurridos ocho días desde la publicación de los edictos correspondientes, si no se hubiese formulado oposición, dictará auto aprobando el convenio y mandando a los interesados estar y pasar por él, que se inscribirá en los Registros Mercantil y de la Propiedad (art. 17 de la LSP).

Si los acreedores exceden de doscientos el juez podrá acordar la suspensión de la junta (dejarla sin efecto o desconvocarla) y su sustitución por la tramitación escrita, a petición del deudor o de cualesquiera de los acreedores, cuya solicitud deberá ser presentada a partir de la fecha del auto en el que se acuerda la convocatoria de la junta y hasta ocho días antes del señalado para su celebración. En caso de que se formulase la solicitud, el juez oírà preceptivamente el informe de los interventores, que deberán evacuarlo en el término de tres días, y resol-

verá lo procedente (art. 18 de la Ley especial). Cuando se acuerda la tramitación escrita, el suspenso vendrá obligado a presentar al juzgado la proposición de convenio (la inicial u otra), con la adhesión del voto individual de los acreedores en forma auténtica, bien por comparecencia ante el secretario judicial o mediante acta notarial, que sumen la mayoría de tres cuartos exigible en los supuestos de insolvencia definitiva y cuando el convenio consista en una espera superior a tres años, dentro del plazo que le conceda el juez, que no podrá ser inferior a un mes ni superior a cuatro, con obligada prórroga de treinta días más, si en el primer plazo no se reuniera, y así se acreditase por el deudor. Si las adhesiones recibidas introdujeran modificaciones esenciales en la proposición del convenio, tanto durante el plazo del citado art. 18 como en el de prórroga del art. 19, ambos de la Ley especial, el juez oírá obligatoriamente sobre ellas (las modificaciones al convenio propuesto) el informe de los interventores, que deberán emitirlo en el improrrogable plazo de quince días, y dará vista al deudor para que preste o no su consentimiento.

La aprobación del convenio requerirá una u otra de las mayorías de capital (créditos) expresadas en el caso anterior para las juntas, sin necesidad de votación numérica (art. 14 de la LSP), según el convenio consista en una espera que no exceda (tres quintos), y cuando supere los tres años o siempre que se haya calificado el expediente de insolvencia definitiva, en función de que las adhesiones se logren en el plazo señalado inicialmente (tres cuartos) o durante el de prórroga (dos tercios). Es predicable lo expuesto anteriormente, respecto de la providencia que proclamará el resultado de la votación favorable al convenio, y la apertura del plazo de ocho días para oponerse a su aprobación, así como la resolución en forma de auto que apruebe definitivamente el convenio, de no mediar oposición.

Puede finalizar el procedimiento de **quiebra** mediante aprobación judicial del convenio que hiciesen el quebrado y sus acreedores, regulado en los arts. 898 a 907 y 928 y 929 del C. de C.; estos últimos citan, para las compañías, lo dispuesto en la Sección 8.^a del Título I del Libro IV del citado C. de C.; arts. 1389 a 1396 de la LEC (sentencia del TS de 22.02.1983); arts. 1307 a 1311 por remisión del art. 1391 de la LEC; y, arts. 1147 a 1167 del primer C. de C., mencionados en la Sección 6.^a del Título XIII del Libro II de la LEC.

Una vez terminado el reconocimiento de créditos y hecha la calificación de la quiebra, el quebrado, empresario individual y las compañías de responsabilidad ilimitada, podrán hacer los convenios que estimen oportunos con sus acreedores, según el art. 1390 de la LEC, que se remite al art. 1304 de la LEC, el cual ordena:

«Toda solicitud que haga el deudor o cualquiera de los acreedores para convocatoria a junta que tenga por objeto el convenio, deberá contener los requisitos siguientes, sin los cuales no será admitida: 1.º Que se formulen con claridad y precisión las proposiciones del convenio. 2.º Que se acompañen tantas copias de ellas, impresas o manuscritas, cuantos sean los acreedores reconocidos. 3.º Que el que las haga se obligue a satisfacer los gastos a que dé lugar la convocatoria y celebración de la junta, aunque se defienda por pobre, asegurando el pago a satisfacción del Juez».

No gozarán de este derecho al convenio los quebrados fraudulentos ni los que se fugaren durante el juicio de quiebra (art. 898 del C. de C.). Este artículo modifica la redacción del art. 1147 del primer Código de Comercio, al que se refiere el art. 1389 de la LEC, que prohibía presentar proposiciones de convenio hasta terminado el examen y reconocimiento de créditos y hecha la calificación de quiebra. Con el texto actual se permite al quebrado presentar sus proposiciones de convenio a los acreedores, o aceptar las que éstos le presenten, sin esperar a que finalice el examen y reconocimiento de créditos, consecuentemente su graduación, ni la calificación de la quiebra. En este supuesto, el convenio no podrá concluir hasta después de terminadas aquellas operaciones, es decir, se podrán presentar las propuestas de convenio por el deudor o sus acreedores, pero el juzgado deferirá la convocatoria de la junta de acreedores para deliberación y votación hasta que hayan finalizado su tramitación las piezas cuarta y quinta. Son aplicables, a este respecto, los arts. 1307 a 1311 de la LEC, a los que remite el art. 1391 de la LEC. Debe repararse en que se excluye la remisión al art. 1306 de la LEC y, consecuentemente, permite interpretar que los administradores de las sociedades regulares colectivas y sociedades comanditarias podrán hacer las proposiciones de convenio y representar a estas compañías en la junta de acreedores correspondiente. En la quiebra de estos empresarios mercantiles, para aprobarse el convenio es preciso voten a su favor la mitad más uno de los acreedores concurrentes a la junta de acreedores, siempre que su interés en la quiebra cubra las tres quintas partes del total pasivo del quebrado, deducido el importe de los créditos de los acreedores que hubiesen usado del derecho de abstención, reconocido en el primer párrafo del art. 900, según el art. 901 C. de C.

No parece que haya obstáculo para acogerse a los mismos trámites sobre convenio, en junta de acreedores, a las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), una vez finalizadas las piezas tercera, cuarta y quinta.

Los administradores de las compañías anónimas o quienes les representen, según poder especial, y por extensión las de responsabilidad

limitada, así como los liquidadores de las compañías disueltas, podrán presentar a los acreedores, en cualquier estado de la quiebra (convenio anticipado), las proposiciones de convenio que estimen oportunas, según reza el art. 929 del C. de C. (STS de 6.06.1977 y SAT de Barcelona de 30.06.1987), que deberá resolverse con arreglo a lo dispuesto en la Sección Octava, que se refiere a las suspensiones de pagos y quiebras de las Compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas, y se completa con la Ley de 12 de noviembre de 1869, a la que remite el art. 1320 de la LEC. Se interpreta, por tanto, que las sociedades mercantiles con responsabilidad limitada (SA y SRL), incluso declaradas en quiebra fraudulenta, pueden alcanzar un convenio con sus acreedores, para cuya calificación no será preciso oír a los síndicos, si no hubiesen sido nombrados, como declara la STS de 8.06.1880. En las sociedades de capital (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), que no se hallen en liquidación, puede acordarse en el convenio su continuidad o traspaso (art. 928 C. de C.).

El profesor De la Oliva⁶⁴ señala una aparente antinomia entre el art. 928 y el art. 221.3.º C. de C., en cuanto que, según éste, la quiebra determina la disolución de la sociedad, que algunos autores tratan de salvar con argumentos que le parecen poco convincentes, como el maestro Garrigues, sobre la distinción entre disolución y extinción de las sociedades, aunque en el fondo está de acuerdo con este autor, pero no en la presentación argumental. A su juicio el art. 221.3.º es una regla general, más que nada de constatación de que la declaración judicial de quiebra inhabilita, y así no se puede seguir comerciando, mientras que el art. 928 supone un desenlace excepcional, rectificatorio del proceso de cuyo inicio da cuenta el art. 221.3.º. A mi entender, los arts. 260.2 del TRLSA y 104.2 de la LSRL, que simplemente facultan al órgano social para disolver con causa en la declaración de quiebra, han dejado sin efecto la aplicación para estas compañías del art. 221.3.º del C. de C. El profesor De los Ríos Sánchez⁶⁵ sostiene que los artículos de la Sección Octava del Título I del Libro IV del C. de C., correspondientes al convenio de la sociedad con sus acreedores, presuponen necesariamente el procedimiento especial escrito, por lo que éste habrá de aplicarse a todas las compañías —por consiguiente, también las anónimas— que deban regirse en todo o en parte por los arts. 930 y ss. del C. de C. Respecto a la tramitación en junta general de acreedores, de esta clase de convenio anticipado en la quiebra de las sociedades

⁶⁴ OLIVA, Andrés de la, *op. cit.*, vol. IV, pág. 412.

⁶⁵ RÍOS SÁNCHEZ, Juan Manuel de los, «La tramitación del convenio de quiebra de las sociedades anónimas». *Derecho de los Negocios, La Ley*, núm. 57, junio 1995, págs. 1-5.

anónimas, se pronuncia favorablemente el auto de la AP de Ciudad Real, de fecha 30.12.2000.

Sobre si puede prescindirse de la pieza quinta, en el supuesto de convenio «en cualquier estado de la quiebra», se pronuncia la SAP de Barcelona, de 1.10.1990, y que cita las STS de 31.03.1930 y 06.06.1977, recopilada por Baró⁶⁶:

«Si bien respecto de las sociedades anónimas el art. 929 autoriza la presentación de proposiciones de convenio en cualquier estado del expediente, sin necesidad de que previamente se haya calificado la quiebra como exige para los demás quebrados el art. 898 C. de C., ello no significa que el convenio obste a una posterior calificación».

En la celebración de la junta de acreedores en la quiebra de empresas individuales y de responsabilidad ilimitada, habrá de observarse:

- 1.^a *Convocatoria.* La convocatoria de la junta para tratar del convenio llevará consigo la suspensión de la pieza cuarta (en su fase de pago de créditos) y la segunda (en lo relativo a la enajenación de los bienes), hasta que se delibere y acuerde sobre las proposiciones presentadas (art. 1311 LEC), cuya pieza continuará si no se alcanza el convenio. El juez acordará la convocatoria de la junta, con señalamiento de día, hora y lugar en que haya de celebrarse, y serán citados por edictos los acreedores reconocidos (arts. 1308 y 1310 LEC), además de por cédula los de la plaza y por correo los de fuera, o todos por correo certificado con acuse de recibo, según autoriza el art. 271 de la LOPJ.
- 2.^a *Derecho de asistencia.* Tienen derecho de asistencia todos los acreedores cuyos créditos hayan sido reconocidos por la junta o por el juez y los pendientes de reconocimiento, que serán citados personalmente por medio de cédula, a la que se acompañará una copia de la proposición de convenio (art. 1310 LEC, aplicable por remisión del art. 1391), además de publicarse la convocatoria por edictos en el *BOP*, y, cuando el juez lo estime conveniente, en el *BOE* (art. 1197 LEC), para los acreedores cuyos domicilios se ignoren. No tendrán derecho de asistencia los rechazados o no reconocidos por la junta o por el juez, aunque hayan recurrido contra el acuerdo denegatorio, es decir, los acreedores excluidos por la junta o por el juez no tienen derecho de voto, aunque se halle en trámite su impugnación contra

⁶⁶ BARÓ CASALS, Antonio, *La quiebra. Legislación y jurisprudencia sistematizadas*, Barcelona, Cedecs, 1996, págs. 477-479.

el acuerdo denegatorio, según explica Ramírez, que comenta a Provinciali⁶⁷.

- 3.^a *Derecho de voto*. Todos los acreedores, que tienen derecho de asistencia, tienen también de voz y voto en las deliberaciones, salvo la esposa del quebrado, si fuese acreedor concurrente (art. 1154 del viejo C. de C. por remisión del art. 1392 de la LEC).
- 4.^a *Identificación*. Los acreedores, con derecho de asistencia, pueden tomar parte en la junta personalmente o representados por terceros. En este caso, el representante deberá aportar poder bastante, a juicio del comisario, que será unido a los autos (arts. 1319 y 1137 LEC).
- 5.^a *Cómputo de votos representados*. Cada acreedor asistente tendrá un voto, sea cual fuere el importe de su crédito, y los apoderados por los acreedores que lleven más de una representación sólo tendrán un voto, aunque se tendrá en cuenta el capital representado por todos ellos (arts. 1319 y 1137 LEC).
- 6.^a *Quórum de constitución*. Para que pueda celebrarse la junta (quórum de constitución) será preciso que la suma de créditos de los acreedores concurrentes represente, al menos, los tres quintos del total pasivo del quebrado, deducido el importe de los créditos cuyos titulares, teniendo derecho de abstención, hubieren usado de él (arts. 900 y 901 C. de C.) El art. 1138 de la LEC confirma este mismo quórum de constitución para el juicio de concurso. Se considera que el total pasivo se calcula por el montante de los créditos reconocidos y los pendientes de reconocimiento, según acuerdo de la junta de acreedores o por resolución judicial, como se desprende del art. 1310 de la LEC, deducidos los créditos con derecho de abstención que hubieran usado de él.
- 7.^a *Información procesal a la junta*. Constituida la junta, se dará lectura a las disposiciones legales relativas al convenio entre el quebrado y sus acreedores (art. 1312 LEC), es decir, a los artículos correspondientes de la Ley procesal y de los Códigos de Comercio.
- 8.^a *Información económica y sobre la clase de quiebra*. A continuación, y antes de tratar de la proposición de convenio, el comisario dará a los acreedores concurrentes exacta noticia del estado de la administración de la quiebra y de lo que conste del expediente de calificación, hasta aquella fecha. Asimismo, leerá

⁶⁷ PROVINCIALI, Renzo, *Tratado de Derecho de quiebra*. Colección Jurídica dirigida por Miguel Casals Colldecarrera. Adiciones de Derecho español por José A. Ramírez. Barcelona, Ed. AHR, 1958, 3 Vols., pág. 103.

el último balance que obre en los autos (art. 1152 del C. de C. viejo, de aplicación por mención expresa del art. 1392 de la LEC). El estado de administración se refiere a los estados de administración que los síndicos deben presentar mensualmente al juzgado, según ordena el art. 1095 del primer C. de C. y regula el art. 1362 de la LEC. Respecto del último balance, conviene recordar que los síndicos, como administradores de la quiebra y sustitutos de los administradores sociales, me parece, deben formular las cuentas anuales y los balances trimestrales de comprobación de sumas y saldos.

- 9.^a *Deliberación*. Seguidamente se abrirá la discusión o el debate sobre el convenio propuesto, permitiéndose dos turnos en pro y dos en contra. El quebrado, o su representante, podrá hacer uso de la palabra cuantas veces se considere necesario, para contestar a las observaciones y aclarar las dudas que puedan ofrecerse. Tanto el quebrado como sus acreedores, proponentes del convenio, podrán modificarlo en vista del resultado del debate (arts. 1319 y 1139 LEC). La mujer del quebrado no tiene voz en las deliberaciones relativas al convenio (art. 1154 del C. de C. de 1829).
10. *Votación*. Una vez acabada la discusión y cerrado el debate, el comisario pondrá la propuesta de convenio a votación, la cual será nominal y se consignará en el acta, formando acuerdo el voto de la mayoría (arts. 901 C. de C. y 1319 y 1139 LEC).
11. *Quórum para adoptar acuerdos*. Para que haya mayoría y resolución favorable al convenio es preciso que voten en favor del mismo, por lo menos, la mitad y uno más de los acreedores concurrentes a la junta (computados según la norma 5.^a precedente), siempre que su interés en la quiebra cubra las tres quintas partes del total pasivo del deudor (calculado conforme a la norma 6.^a *in fine*), según el art. 901 del C. de C. Tienen derecho de abstención los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios, ex art. 900, concordante con los arts. 913.1.º-2.º-3.º y 914.1.º del mismo Código mercantil. Estos acreedores pueden asistir a la junta, en ejercicio de su derecho a estar informados, debiendo el comisario dejar constancia en la comparecencia, antecedente indispensable del acta, si ejercen su derecho de abstención o prefieren tener voz y voto, a los fines de su posible cómputo en el quórum de constitución y posterior votación del convenio.
12. *Intervención durante el convenio*. Votado favorablemente el convenio por la junta, en su caso, nace la figura del interventor, designado entre los acreedores, salvo acuerdo expreso en contrario

entre los acreedores y el quebrado, para velar por el cumplimiento del convenio aprobado hasta que se hayan cumplido íntegramente los pactos del convenio (arts. 1162 a 1167 del viejo C. de C., aplicables por mención del art. 1392 de la LEC). Este último art. 1167 dispone que la retribución del interventor será de cuenta del quebrado repuesto, y consistirá en un 0,25% de los fondos cuya entrada intervenga. Lógicamente el interventor deberá ser persona física y acreedor, en su propio nombre o en representación. Si se eligiese un representante de los acreedores, su nombramiento debiera recaer en un economista o profesor mercantil, por virtud de su Estatuto Profesional, aprobado por Real Decreto 871/1977.

13. *Acta de la junta.* El comisario comunicará a los asistentes el resultado de la votación favorable al convenio y se consignarán en acta las protestas que se hicieren contra el voto de la mayoría, antes de dar por terminada la junta. El secretario extenderá la oportuna acta, en la que se hará una relación sucinta de todo lo ocurrido en ella, insertándose literalmente la proposición o proposiciones de convenio votadas y la votación nominal. Dicha acta, una vez leída y aprobada, se firmará por el comisario, por todos los que hayan votado y por el secretario del juzgado. De excusarse cualquier acreedor, lo hará, a su ruego, uno de los concurrentes (arts. 1139 de la LEC y 1156 del C. de C. antiguo, observable por remisión del art. 1392 de la LEC).
14. *Continuación del juicio de quiebra.* Caso de que no se alcance el quórum de constitución o si fuesen desestimadas las proposiciones de convenio, es decir, cuando no se alcance el acuerdo entre el deudor y sus acreedores, continuará el juicio de quiebra (art. 1312 de la LEC).

Si en la junta se vota favorablemente el convenio, procederá:

- 1.º Dar cuenta a S.S.^a, por el secretario del juzgado, de los acuerdos de la junta de acreedores celebrada (art. 1156 del C. de C. de 1829).
- 2.º Transcurridos ocho días, desde la celebración de la junta, señalados en el art. 902 del C. de C., podrán darse los siguientes supuestos: a) que se formulase oposición; y, b) que no se hubiese hecho oposición, conforme previene el art. 1396 de la LEC, en concordancia con el art. 1159 del C. de C. de 1829.

Para la deliberación del convenio propuesto en la quiebra de sociedades mercantiles que limitan la responsabilidad (SA y SRL), mediante trámite escrito, tiene lugar la siguiente tramitación:

- 1.º *Procedimiento escrito*. La tramitación del convenio se efectúa por escrito, luego no hay convocatoria a la junta de acreedores, por aplicación del art. 12 de la Ley de 12.11.1869, según señala el art. 1320 de la LEC, todo ello expresamente relatado en la exposición de motivos del Código de Comercio de 1885. Las reformas posteriores a la Ley de 12.11.1869, presentes en las Leyes de 19.09.1896, 19.04.1904 y 2.02.1915, declaran de aplicación el referido art. 12.
- 2.º *Quórum de aprobación*. Los quórum que determina el reiterado art. 12 son los siguientes: a) en primera convocatoria, tres quintas partes de los acreedores de cada uno de los tres grupos en que están divididos; y, b) en segunda convocatoria, dos quintos del total de cada uno de los dos primeros grupos, y que no haya oposición que exceda de otros dos quintos de cualquiera de dichos dos grupos o del total pasivo.
- 3.º *Rendición de cuentas*. En todo caso es preceptivo que los síndicos rindan cuentas al quebrado, en los términos del art. 1160 del viejo C. de C., cuando sea firme la aprobación del convenio, en un plazo de quince días, para reponer al deudor de sus bienes, créditos y derechos, ante el comisario.

5. Efectos contables del convenio

Conviene recordar el Anteproyecto de Norma sobre información de empresas en suspensión de pagos, elaborado por el ICAC⁶⁸, particularmente, la Norma segunda, relativa a: «*Registro contable y valoración de las consecuencias derivadas de la aprobación del convenio con los acreedores de la empresa en suspensión de pagos*», que considero válida en el nuevo concurso, cuando el deudor o los acreedores fuesen sujetos contables.

5.1. Sobre el deudor

Los efectos del convenio aprobado judicialmente, en los registros contables del concursado, pueden resumirse: a) La reducción en el nominal de las deudas de la empresa concursada, establecida en el convenio con los acreedores (quita), se registrará contablemente reduciendo el pasivo afectado, con abono a una cuenta de ingresos a distribuir en

⁶⁸ Publicado en el *BOICAC* número 13, de mayo 1993, luego Proyecto de OM del MEH en 1997.

varios ejercicios que figurará en el pasivo del balance, en la partida «*Ingresos diferidos por convenio concursal*», con cargo a cuentas de los grupos 1, 4 ó 5.

La imputación de dicha partida, a los resultados del período, se realizará proporcionalmente a la amortización de la deuda y se registrará en la cuenta de pérdidas y ganancias como ingresos extraordinarios, en la partida «*Ingresos procedentes del convenio concursal*».

Si en el convenio se establece una prórroga en el vencimiento de las deudas de la empresa (espera), procederá reclasificar las mismas en el balance, en su caso, atendiendo a su nuevo vencimiento (de corto a largo plazo, en general), sin perjuicio de informar en la memoria.

Cuando se acuerde con los acreedores una reducción total o parcial de intereses (quita), para toda o parte de la vida de la deuda, procederá actualizar el importe de la deuda a reembolsar, conforme a la tasa interna de retorno de dicha deuda, al mismo tipo de interés contratado con el acreedor, así como el de los pagos por intereses que resultasen de la aplicación del convenio, en su caso, cuyo devengo quedó suspendido por la declaración del concurso (art. 59). A estos efectos, se considerará que la tasa interna de retorno de una deuda es la que corresponde a la misma antes de la aprobación del convenio concursal. La diferencia entre el valor actual de la deuda y su valor de reembolso se tratará como un ingreso diferido, minorando en los gastos a distribuir en varios ejercicios que pudieran existir antes de la aplicación del convenio, se cargará a la cuenta de gastos a distribuir en varios ejercicios, con abono a una cuenta de ingresos a distribuir en varios ejercicios, cuyo importe se reflejará en la partida «*Ingresos procedentes del convenio concursal*». En todo caso se mantendrá la deuda por el valor de reembolso.

El método expuesto debe ser objeto de especial atención por el deudor al formular sus cuentas anuales y por los auditores de las mismas, en su caso, y resultará útil para el cálculo y determinación de los «*ingresos a distribuir en varios ejercicios*» y su imputación a resultados, entre otras modalidades que puede ofrecer el convenio. Es concordante, el criterio expuesto, con las prácticas contables recomendadas por la AECA, en su Documento núm. 18 sobre Principios Contables, que contiene su pronunciamiento sobre «*pasivos financieros*» y ofrece el adecuado tratamiento contable, por el deudor, del convenio alcanzado con sus acreedores, particularmente, el capítulo dedicado a «*acuerdos de quita y espera*».

En el convenio se admiten proposiciones alternativas, como las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos (art. 100.2). La Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada regulan

el aumento de capital por compensación de créditos (arts. 156.1⁶⁹ y 74.2⁷⁰), cuyos requisitos deberán cumplirse por la entidad concursada. El efecto contable de dicho acuerdo se registra con cargo a cuentas de los grupos 1, 4 ó 5, previamente tratada la quita, en su caso, donde figuren los saldos acreedores total o parcialmente destinados al desembolso de las acciones o participaciones suscritas por el titular del crédito.

Por la obligada mención en la memoria de las cuentas anuales, que se formulen después de la declaración de concurso, servirán de criterio para el deudor y los auditores de dichas cuentas anuales (art. 46 de la Ley), por la creación de nuevas partidas en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias, las siguientes recomendaciones: 1. Las empresas que, habiendo presentado en el juzgado correspondiente la solicitud de concurso, no tengan aprobado el convenio con los acreedores, en la fecha de formulación de las cuentas anuales, incluirán información en la memoria sobre el procedimiento concursal, información que como mínimo tratará los siguientes aspectos: a) Fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso, indicando el juzgado en el que se presentó y la fecha del auto; b) Propuesta anticipada de convenio, si se hubiera presentado, con el plan de pagos y, en su caso, el plan de viabilidad.

Las empresas declaradas en concurso, con el convenio aprobado y en ejecución, es decir, en fase de cumplimiento, a la fecha de aprobación de las cuentas anuales, tendrán en consideración para su formulación lo siguiente: a) Balance. Se creará, en su caso, en el pasivo del modelo normal de balance la partida «5. Convenio concursal», dentro de la agrupación B) «Ingresos a distribuir en varios ejercicios», para

⁶⁹ «Sólo podrá realizarse un aumento de capital por compensación de créditos cuando concurren los siguientes requisitos: a) Que al menos un veinticinco por ciento de los créditos a compensar sean líquidos, vencidos y exigibles, y que el vencimiento de los restantes no sea superior a cinco años. b) Que al tiempo de la convocatoria de la junta se ponga a disposición de los accionistas, en la forma establecida en la letra c) del apartado primero del artículo 144, una certificación del auditor de cuentas de la sociedad que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos en cuestión. Si la sociedad no tuviere auditor de cuentas, la certificación deberá ser expedida por un auditor a petición de los administradores».

⁷⁰ «Cuando el aumento se realice por compensación de créditos, éstos habrán de ser totalmente líquidos y exigibles. Al tiempo de la convocatoria de la Junta General, se pondrá a disposición de los socios en el domicilio social un informe del órgano de administración sobre la naturaleza y características de los créditos en cuestión, la identidad de los aportantes, el número de participaciones sociales que hayan de crearse y la cuantía del aumento de capital, en el que expresamente se hará constar la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social. Dicho informe se incorporará a la escritura pública que documente la ejecución del aumento».

reflejar los importes que se desprendan de las quitas de principal o por reducción de intereses; b) Cuenta de pérdidas y ganancias. Se creará, en su caso, en el haber de la cuenta de pérdidas y ganancias, dentro de los resultados extraordinarios, la partida «14. Resultados del concurso», en el modelo normal, o la partida «9. Resultados del concurso», en el modelo abreviado, para reflejar el importe de los ingresos a distribuir imputados a resultados; c) Memoria. Se indicará la siguiente información relativa al convenio: fecha de aprobación, características, situación de las deudas después de aprobado el convenio y variaciones más significativas, indicando las producidas por reducciones y por prórrogas de las mismas. Además se añadirá un estado de la ejecución del convenio, precisando para las deudas más significativas lo siguiente: deuda inicial con expresión de su plazo de vencimiento original y el tipo de interés efectivo; deuda aprobada en convenio, indicando plazo de vencimiento y, en su caso, tipo de interés efectivo pactado; así como la parte de la deuda satisfecha (plan de pagos), de acuerdo con las condiciones del convenio, y el saldo pendiente de devolución.

Si no se hubieran formulado cuentas anuales, desde la presentación en el juzgado de la solicitud concurso hasta la aprobación del convenio con los acreedores, las primeras cuentas anuales a formular contendrán información, en la memoria correspondiente, de lo indicado anteriormente.

5.2. *Sobre los acreedores*

El acreedor concursal habrá reclasificado a su deudor como deudoso cobro y provisionado íntegramente, antes o después de la declaración de concurso. Si el convenio fuese de quita, por la parte condonada, cuando no haya sido provisionada con anterioridad, procederá el cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias como créditos incobrables.

Si se incumpliese el convenio concursal, y fuese objeto de reapertura el concurso, se rehabilita el crédito en su integridad, a los efectos de la ulterior liquidación, aunque sin efectos contables, excepto por la parte del crédito no provisionado, que deberá serlo como consecuencia de la apertura de la liquidación.

6. Aspectos tributarios

La nueva Ley concursal afecta a varios sectores del ordenamiento jurídico español, entre ellos, al tributario, con alguna incidencia en el convenio concursal. Entre las disposiciones finales de dicha Ley, algunas se refieren al crédito tributario y, particularmente, a la fase de convenio.

6.1. *El crédito tributario y la convención concursal*

En la disposición final décima, que reforma de la Ley General Presupuestaria⁷¹, a la que me he referido en el epígrafe 3.2.4., con detalle de su contenido, se faculta a la Hacienda Pública, delegable a la AEAT, para suscribir y celebrar convenios concursales y acordar condiciones singulares, así como la compensación de créditos.

La disposición final undécima reforma de la Ley General Tributaria, Ley 230/1963, de 28 de diciembre, derogada por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en vigor desde el 1/07/2004, a la que me referiré seguidamente:

«Artículo 77. Derecho de prelación. 1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78⁷² y 79⁷³ de esta

⁷¹ Derogada con efectos de 1 de enero de 2005, por la Ley 47/2003, de 26 de diciembre, General Presupuestaria, que dispone el derecho de abstención concursal para los créditos de la HPE y faculta a la AEAT, respecto de los créditos cuya gestión recaudatoria le corresponda, para suscribir acuerdos o convenios concursales, así como para acordar con el deudor condiciones singulares de pago, además de la compensación de créditos. También faculta al FOGASA para suscribir y celebrar convenios concursales, así como abre la puerta reglamentaria para coordinar los créditos de la HPE, de la Seguridad Social y demás entidades que integran el sector público Estatal, cuando concurren en procedimientos concursales.

⁷² «Artículo 78. Hipoteca legal tácita. En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior».

⁷³ «Artículo 79. Afección de bienes. 1. Los adquirentes de bienes afectos por Ley al pago de la deuda tributaria responderán subsidiariamente con ellos, por derivación de la acción tributaria, si la deuda no se paga. 2. Los bienes y derechos transmitidos quedarán afectos a la responsabilidad del pago de las cantidades, liquidadas o no, correspondientes a los tributos que graven tales transmisiones, adquisiciones o importaciones, cualquiera que sea su poseedor, salvo que éste resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición de los bienes con buena fe y justo título, en establecimiento mercantil o industrial, en el caso de bienes muebles no inscribibles. 3. Siempre que la Ley conceda un beneficio fiscal cuya definitiva efectividad dependa del ulterior cumplimiento por el obligado tributario de cualquier requisito por aquélla exigido, la Administración tributaria hará figurar el importe total de la liquidación que hubiera debido girarse de no mediar el beneficio fiscal, lo que los titulares de los registros públicos correspondientes harán constar por nota marginal de afección. En el caso de que con posterioridad y como consecuencia de las actuaciones de comprobación administrativa resul-

Ley. 2. En caso de concurso, los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal». [arts. 55, 84.2.5.º, 85, 90.1.1.º, 91. 2.º y 4.º, 92].

«Art. 77.2: En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

El convenio concursal afectará a los créditos tributarios con privilegio general no ejercitable (art. 91.4.º), es decir, al cincuenta por ciento del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública, pero puede afectar, también, al crédito tributario con privilegio especial o general ejercible, cuando la Hacienda Pública haya suscrito o se haya adherido al convenio de masa. Pese al cambio introducido no debe perderse la perspectiva concursal sobre composición de la masa pasiva ex art. 84, es decir, no debe olvidarse que constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común... (créditos concursales), también los créditos tributarios, cualquiera que fuese su calificación jurídica (clasificación de créditos ex art. 89).

La citada Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, vigente desde el 1 de julio de 2004, además de las referencias a la Ley concursal, comentadas en las disposiciones finales que anteceden, incorpora el siguiente precepto relativo al convenio:

«Artículo 164. Concurrencia de procedimientos:... 4. El carácter privilegiado de los créditos tributarios otorga a la Hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales. No obstante, la Hacienda Pública podrá suscribir en el curso de estos procesos los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal, así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial. Este privilegio podrá ejercerse en los términos previstos en la legislación concursal [Es decir, sólo respecto del 50% del conjunto de sus créditos con privilegio general, según el art. 91.1.4.º]. Igualmente podrá acordar la compensación de dichos créditos en los términos previstos en la normativa tributaria. Para la suscripción y celebración de los acuerdos y convenios a que se refiere el párrafo anterior se requerirá únicamente la autorización del órgano competente de la Administración tributaria».

te un importe superior de la eventual liquidación a que se refiere el párrafo anterior, el órgano competente procederá a comunicarlo al registrador competente a los efectos de que se haga constar dicho mayor importe en la nota marginal de afección».

Coincide con lo dispuesto en la citada Ley General Presupuestaria, vigente a partir del 1 de enero de 2005, es decir, el crédito tributario, clasificado con privilegio especial o general en el concurso, goza del derecho de abstención, pero puede votar un convenio de masa o suscribir un convenio particular con el concursado, sujeto a las limitaciones establecidas (*no puede ser más favorables para el deudor que las recogidas en el convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial*). Respecto de la parte de sus créditos que no sea ejercitable el privilegio general que ostenta ex art. 91.4.º, la Hacienda Pública puede aceptar o rechazar la propuesta anticipada u ordinaria de convenio, así como abstenerse, pero no está facultada para suscribir acuerdos sobre condiciones singulares de pago, es decir, queda sometida al convenio judicial.

6.2. Responsabilidades tributarias

La citada Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el art. 42, dispone:

*«1. Serán **responsables solidarios** de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:... c) Las que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio. La responsabilidad también se extenderá a las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar. Cuando resulte de aplicación lo previsto en el apartado 2 del artículo 175⁷⁴ de esta Ley, la responsabilidad establecida en este párrafo se limitará de acuerdo con lo dispuesto en dicho artículo. Cuando no se haya solicitado dicho certificado, la responsabilidad alcanzará también a las sanciones impuestas o que puedan imponerse. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los adquirentes de elementos aislados, salvo que dichas adquisiciones, realizadas por una o varias personas o entidades, permitan la continuación de la explotación o actividad. La responsabilidad a que se refiere el primer párrafo*

⁷⁴ «2. El que pretenda adquirir la titularidad de explotaciones y actividades económicas y al objeto de limitar la responsabilidad solidaria contemplada en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 42 de esta ley, tendrá derecho, previa la conformidad del titular actual, a solicitar de la Administración certificación detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas de su ejercicio. La Administración tributaria deberá expedir dicha certificación en el plazo de tres meses desde la solicitud. En tal caso quedará la responsabilidad del adquirente limitada a las deudas, sanciones y responsabilidades contenidas en la misma. Si la certificación se expidiera sin mencionar deudas, sanciones o responsabilidades o no se facilitara en el plazo señalado, el solicitante quedará exento de la responsabilidad a la que se refiere dicho artículo».

de esta letra no será aplicable a los supuestos de sucesión por causa de muerte, que se regirán por lo establecido en el artículo 39 de esta Ley. Lo dispuesto en el primer párrafo de esta letra no será aplicable a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal» [Interés del concurso].

Llama la atención el cambio habido de responsabilidad subsidiaria a solidaria, injustificadamente, me parece, de las personas que sucedan en el ejercicio de actividades económicas, por las obligaciones tributarias del anterior titular. Sin embargo, interesa destacar que dicha responsabilidad no será exigible a los adquirentes de actividades económicas a un deudor concursado, cuando la adquisición haya tenido lugar en un procedimiento concursal (por convenio o liquidación).

6.3. *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*

En la disposición final duodécima, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, queda modificado en los términos siguientes:

1. Se añade un nuevo número en la letra B) del apartado 1 del artículo 45⁷⁵, como número 19, con la siguiente redacción:

«19. Las ampliaciones de capital realizadas por personas jurídicas declaradas en concurso para atender una conversión de créditos en capital establecida en un convenio aprobado judicialmente conforme a la Ley Concursal» [Interés del concurso].

Concordante con lo dispuesto en el art. 100.2 de la Ley concursal. Se declara, por tanto, la exención de la capitalización de créditos (1% por AJD), prevista en el art. 100.2 de la Ley concursal.

2. Se añade un apartado 5 al artículo 46⁷⁶ con la siguiente redacción:

⁷⁵ Artículo 45. [Modalidades] *«Los beneficios fiscales aplicables en cada caso a las tres modalidades de gravamen a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley serán los siguientes: I B) Estarán exentas:...»*

⁷⁶ Artículo 46. [Régimen general] *«1. La Administración podrá, en todo caso, comprobar el valor real de los bienes y derechos transmitidos o, en su caso, de la operación societaria o del acto jurídico documentado. 2. La comprobación se llevará a cabo por los medios establecidos en el artículo 52 de la Ley General Tributaria. Si de la comprobación resultasen valores superiores a los declarados por los interesados, éstos podrán impugnarlos en los plazos de reclamación de las liquidaciones que hayan de tener en cuenta los*

«5. Se considerará que el valor fijado en las resoluciones del juez del concurso para los bienes y derechos transmitidos corresponde a su valor real, no procediendo en consecuencia comprobación de valores, en las transmisiones de bienes y derechos que se produzcan en un procedimiento concursal, incluyendo las cesiones de créditos previstas en el convenio aprobado judicialmente y las enajenaciones de activos llevadas a cabo en la fase de liquidación» [Interés del concurso].

Se exoneran, por tanto, de posterior comprobación administrativa, los valores formalizados en las transmisiones de bienes y derechos que se produzcan como consecuencia de las fases de convenio o liquidación concursal, y será de aplicación, básicamente, en el concurso de deudores no empresarios o profesionales, pues si lo fueren, en síntesis, dichas transmisiones estarán sujetas a IVA.

7. Créditos de la Seguridad Social

Los créditos de la Tesorería General de la Seguridad Social, según el art. 24 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, modificado por la disposición final decimosexta de la Ley concursal, gozan del derecho de abstención, según he mencionado en el epígrafe 3.2.4.

Al igual que el crédito tributario, los derechos de crédito de la TGSS pueden ser privilegiados, con privilegio especial o general, ex art. 89 de la Ley concursal. El crédito con causa en retenciones (cuota obrera) disfruta de privilegio general (art. 90.2.º) y los demás créditos de la TGSS gozan de privilegio general, aunque sólo podrá ejercerse hasta el cincuenta por ciento de su importe (art. 90.4.º), en la medida que no fuesen subordinados (intereses y sanciones).

El mismo tratamiento que recibe el crédito tributario, a efectos convencionales, se observa para los créditos de la TGSS ex citado art. 24

nuevos valores. Cuando los nuevos valores puedan tener repercusiones tributarias para los transmitentes se notificarán a éstos por separado para que puedan proceder a su impugnación en reposición o en vía económico-administrativa o solicitar su corrección mediante tasación pericial contradictoria y, si la reclamación o la corrección fuesen estimadas en todo o en parte, la resolución dictada beneficiará también a los sujetos pasivos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. 3. Cuando el valor declarado por los interesados fuese superior al resultante de la comprobación, aquél tendrá la consideración de base imponible. 4. Si el valor obtenido de la comprobación fuese superior al que resultase de la aplicación de la correspondiente regla del Impuesto sobre el Patrimonio, surtirá efecto en relación con las liquidaciones a practicar a cargo del adquirente por dicho Impuesto por la anualidad corriente y las siguientes».

del TRLGSS. El *BOE*, del 25 de junio pasado, publica el nuevo Reglamento General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, que deroga el anterior de 1995, y dedica el artículo 38 a Transacción y arbitraje:

«No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de éstos sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado, salvo lo previsto en el artículo 24 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en este reglamento para los acuerdos y convenios concursales».

Llama la atención que no se regula el derecho a celebrar acuerdos singulares (convenios particulares), como se permite en la legislación tributaria, pues el art. 50, bajo el título «Procedimientos de ejecución universal», establece:

«6. La Tesorería General de la Seguridad Social, conforme al reparto y reserva de competencias que determine su Director General, podrá suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos previstos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sometiendo su crédito a condiciones que no podrán ser más favorables para el deudor que las convalidadas con el resto de acreedores».

8. Derecho transitorio

La disposición transitoria primera de la nueva Ley concursal se ocupa de los procedimientos concursales en tramitación, cuya derogación se produce el uno de septiembre de 2004, a saber: concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos; y, dispone que dichos procedimientos concursales, si se encuentran en tramitación el uno de septiembre de 2004, continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, con ciertas excepciones, respecto del convenio, objeto de los comentarios que siguen.

8.1. Derecho concursal derogado

Conviene recordar el Derecho anterior derogado, aunque sólo mencionaré las normas concursales que regirán hasta el 1.09.2004: «**concurso de acreedores**» (arts. 1913 a 1928 del Código Civil y 1156 a 1317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881); «**quiebra**» (arts. 1319 a 1396 de la citada LEC; arts. 874 a 941 del Código de Comercio; y arts. 1004 a 1177 del C. de C. de 1829); «**quita y espera**» (arts. 1912

y 1917 a 1920 del Código Civil y arts. 1130 a 1155 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881); «**suspensión de pagos**» (arts. 870 a 873 del Código de Comercio de 1885, y Ley especial de 26 de julio de 1922). Además, pueden ser de interés las disposiciones especiales para las **suspensiones de pagos y quiebras de las empresas de ferrocarriles y demás servicios públicos** (arts. 930 a 941 del C. de C.; Leyes de 12 de noviembre de 1869, 19 de septiembre de 1896, 9 de abril de 1904, 2 de enero de 1915; y Decreto de 5 de noviembre de 1934, así como la Ley de 1 de septiembre de 1939, de la Jefatura del Estado, sobre intervención de las empresas y en las condiciones que indica). La observancia de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en vigor desde el día 8 de enero de 2001, resulta indispensable durante la tramitación de los procedimientos indicados.

8.2. *Incumplimiento de convenio*

Según el apartado 2 de la citada disposición transitoria, la resolución judicial que declare el incumplimiento de un convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales derogados, a los que se ha hecho mención, y gane firmeza después del 1 de septiembre de 2004, producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en la Ley 22/2003. Conocerá de este concurso el mismo juzgado que hubiere tramitado el precedente procedimiento concursal, es decir, se sustrae a la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de lo Mercantil. El art. 143 de la nueva Ley concursal ordena la apertura de oficio de la liquidación, en caso de haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio, a cuya resolución se dará la publicidad prevista en los arts. 23 y 24 de la misma Ley (art. 144). Se repondrá el órgano auxiliar del procedimiento correspondiente o se procederá a nuevo nombramiento.

8.3. *Proposiciones de convenio y tramitación*

En la quiebra de cualquier clase de sociedades, no podrá aprobarse ninguna proposición de convenio antes de que haya concluido el trámite de reconocimiento de créditos. Se declara, por tanto, la inaplicación del art. 929⁷⁷ del C. de C., que se remite a los arts. 930 y siguientes,

⁷⁷ «Las compañías estarán representadas durante la quiebra según hubieren previsto para este caso los estatutos, y en su defecto, por el Consejo de administración; y podrán en cualquier estado de la misma representar a los acreedores las proposiciones de convenio que estimen oportunas, las cuales deberán resolverse con arreglo a lo que se dispone en la Sección siguiente».

objeto de derogación⁷⁸. Las proposiciones de convenio que se formulen con posterioridad al uno de septiembre de 2004, en cualquiera de los procedimientos concursales mencionados (concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos), deberán cumplir los requisitos establecidos en los artículos 99 y 100, que han sido comentados en el epígrafe 3.2.1.

En la tramitación y aprobación de dichas propuestas de convenio, conforme al procedimiento que en cada caso corresponda, será de aplicación lo establecido en el artículo 103 (adhesiones de acreedores), en el apartado 3 del artículo 118 (cómputo de tales adhesiones y de los firmantes de la propuesta en la junta) y en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 121 (desvinculación de firmantes o adheridos, si asisten a la junta), que también han sido comentados anteriormente. Se entiende que el plazo para la presentación de adhesiones escritas comprende desde la presentación de la propuesta de convenio hasta el momento de formación de la lista de asistentes a la junta, en que será sometida a aprobación, salvo que se trate de suspensiones de pagos o quiebras de sociedades en las que el convenio deba aprobarse sin celebración de junta, es decir, mediante trámite escrito, en cuyo caso ese plazo será el señalado para presentar adhesiones en el correspondiente procedimiento. Se contempla, por tanto, el procedimiento escrito del convenio en la suspensión de pagos (arts. 18 y 19 de la Ley especial de 1922) y en la quiebra (art. 935 del C. de C.).

8.4. Sistema de recursos

Las resoluciones que se dicten en los procesos concursales derogados, a partir del 1 de septiembre de 2004, serán recurribles con arreglo a las especialidades previstas en el artículo 197⁷⁹ de la Ley concursal.

⁷⁸ Disposición derogatoria única... «3. *Quedan, asimismo, derogados los siguientes preceptos y disposiciones:...* 3.º *Los artículos 376 y 870 a 941 del Código de Comercio de 1885.*»

⁷⁹ «Artículo 197. *Recursos procedentes y tramitación.* 1. *Los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso se sustanciarán en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las modificaciones que se indican a continuación y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 64 de esta ley.* 2. *Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.* 3. *Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días.* 4. *Contra las sentencias que aprueben el convenio, o las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación cabrá recurso de apelación que se tramitará con carácter preferente, y en la forma prevista para las*

9. Fase de liquidación

La liquidación de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso y la aplicación de su producto a la satisfacción de los créditos contra la masa y concursales es causa de conclusión del concurso, entre las previstas en el art. 176 de la nueva Ley⁸⁰. Su tramitación procesal tiene lugar en la sección quita del procedimiento (art. 183.5.º) y se regula en el capítulo II del Título V de la citada Ley (arts. 142 a 162). A esta fase de liquidación se llega una vez finalizada la fase común (art. 142.2), directamente o después de frustrados los intentos de convenio (art. 143.1.2.º, 3.º y 4.º) o ante el riesgo de su incumplimiento (art. 142.3 y 4), así como una vez declarado dicho incumplimiento (art. 143.1.5.º). En las notas que siguen abordaré su estudio, además de sus posibles efectos contables y tributarios, para finalizar con el derecho transitorio.

9.1. Antecedentes prelegislativos

Al Borrador de Anteproyecto de Ley concursal, presentado por la Ponencia Especial de la Comisión General de Codificación, en septiembre de 2000, se refieren las siguientes notas, después de espigar los informes de algunos departamentos ministeriales:

a) Ministerio de Hacienda

«14. Pago de los créditos contra la masa. Otra cuestión relevante para el Ministerio de Hacienda es la previsión del Anteproyecto de que

apelaciones de sentencias dictadas en juicio ordinario. 5. El juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar motivadamente al admitir el recurso de apelación la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por su resolución. Su decisión podrá ser revisada por la Audiencia Provincial a solicitud de parte formulada en el escrito de interposición de la apelación u oposición a la misma, en cuyo caso esta cuestión habrá de ser resuelta con carácter previo al examen del fondo del recurso y dentro de los 10 días siguientes a la recepción de los autos por el tribunal, sin que contra el auto que se dicte pueda interponerse recurso alguno. 6. Cabrá recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra las sentencias dictadas por las audiencias relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta. 7. Contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso, cabrá el recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguna de sus piezas».

⁸⁰ Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (BOE número 164, de 10 de julio).

los créditos tributarios devengados (nacidos) con posterioridad a la declaración del concurso tengan naturaleza de créditos contra la masa, con lo que su reconocimiento y ejecución correspondería al Juez del concurso en el caso de liquidación. Se plantea, así, el problema de cómo compaginar estas facultades del Juez del concurso con las potestades administrativas sobre reconocimiento y liquidación de créditos y la introducción de importantes limitaciones para el ejercicio de las potestades ejecutorias de este tipo de créditos, que quedan diferidos hasta la aprobación del convenio, la apertura de la liquidación o a un año desde la declaración del concurso, en otro caso. Este efecto suspensivo sobre los llamados créditos postconcursoales también puede tener su coste económico para la Hacienda Pública, aunque su fundamento es preservar al máximo la integridad de la masa activa del concurso».

b) Tesorería General de la Seguridad Social

«3. Liquidación de la masa. La disposición derogatoria única deja sin efecto, entre otros, los artículos 912, 913 y 914 del Código de Comercio y los artículos 1912 a 1920 del Código Civil, y, en caso de concurso, la calificación y graduación de los créditos concurrentes se registrará por lo establecido en la Ley concursal. La graduación del crédito, en concreto, se efectúa por el orden establecido en el art. 90 en relación con el 155 de la Ley concursal. Esto viene a significar que hecha abstracción de los créditos que gocen de privilegio especial y de los créditos postconcursoales, en los que se da por supuesto que van a ser satisfechos con los bienes de la masa, se atenderán al pago de los demás por el orden establecido en el art. 90:

- 1) *Los créditos por salarios... correspondientes a los seis meses anteriores a la declaración del concurso.*
- 2) *Los créditos por trabajo personal no dependiente devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.*
- 3) *Los créditos por responsabilidad civil extra contractual.*
- 4) *Los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido devengados en los seis meses anteriores a la declaración del concurso...*
- 5) *Los créditos tributarios que no gocen de privilegio especial... hasta el 10% del importe de la masa pasiva.*
- 6) *Los créditos por cuotas de la Seguridad Social, hasta el 10% del importe de la masa pasiva.*
- 7) *Los créditos de que fuera titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso hasta la cuarta parte de su importe.*

De la simple lectura de esta regulación se puede concluir que, al anteponer todos los créditos señalados en los puntos 1 al 5, se hacen absolutamente ineficaces las posibilidades de cobro del crédito de la Seguridad Social, sin que objetivamente exista fundamento alguno para

privilegiar seis meses de salarios o de indemnizaciones y mucho menos a los créditos extracontractuales y los que tengan su origen en el trabajo personal no dependiente prestado al concursado».

Sobre el anteproyecto de Ley concursal, preparado por el Ministerio de Justicia, de septiembre de 2001, he seleccionado los siguientes informes institucionales:

c) Consejo General del Poder Judicial

En su informe de fecha 6.11.2001, señala:

«Conviene destacar que la solicitud de liquidación por los acreedores obliga a que se acredite la existencia de algunos hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso» (art. 141.4), cuestión que ya se probó en el contradictorio que dio lugar a la declaración del concurso necesario, por lo que, en principio, no parece muy lógica la inclusión de esta previsión, cuando, además, a estas alturas del procedimiento se conoce la situación económica del deudor. Particular mención dentro de esta Sección merece la regulación de la enajenación de los bienes y derechos sobre cuya titularidad esté promovida cuestión litigiosa, la prohibición de que los administradores judiciales puedan adquirir bienes y derechos de la masa activa, la obligación que pesa sobre dichos administradores de informar periódicamente —cada tres meses— sobre el estado de las operaciones y la separación de los mismos por prolongación indebida de su función por el transcurso de un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que ésta hubiere finalizado cuando no existiere causa que justifique la dilación, previsión que ha de reputarse útil y beneficiosa en cuanto estimula la rapidez en la ejecución de la liquidación».

d) Consejo de Estado

En su informe de fecha 23.03.2002, indica:

«La práctica de la liquidación. El Anteproyecto se remite al efecto a la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 148 y 182). Pero una de las fuentes habituales del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia del que viene conociendo este Consejo se ha encontrado en los últimos años —al menos, antes de la entrada en vigor de la nueva Ley procesal civil— justamente en la fase ejecutiva del proceso y en la venta de bienes del deudor y por el procedimiento de subasta, donde es muy difícil conseguir adjudicar esos bienes a un precio real de mercado, con evidente perjuicio para el deudor y para los acreedores de éste. Debería evitarse, en consecuencia, que el objetivo del Anteproyecto de modernizar y agilizar el procedimiento de concurso se frustrase parcialmente en la fase final de liquidación, al no poder realizar los bienes del concursado de la manera más favorable a los créditos del concurso».

e) Memoria del Ministerio de Justicia

Que acompaña el citado anteproyecto:

«El procedimiento de liquidación se regula de una forma flexible, a fin de que pueda alcanzar todos los objetivos que aparentemente pudieran conseguir mejor una liquidación extrajudicial, pero sometiéndolo siempre al control del Juez del concurso, como medida fundamental para evitar los abusos a que puede dar lugar la liquidación privada convenida. Así, pueden destacarse medidas como la aprobación de un plan de liquidación sin exigir requisito sustantivo alguno, salvo la necesaria aprobación judicial, previa audiencia de todos los interesados e informe de la Administración Judicial, y la obligación de que, salvo circunstancias excepcionales, los conjuntos patrimoniales susceptibles de constituir unidades productivas de bienes o de servicios se enajenen como un todo, admitiéndose incluso la enajenación directa si la subasta fracasa, siempre bajo el control judicial».

10. Apertura de la liquidación

Según la exposición de motivos:

«La ley concede al deudor la facultad de optar por una solución liquidatoria del concurso, como alternativa a la de convenio, pero también le impone el deber de solicitar la liquidación cuando durante la vigencia de un convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación. En los casos de apertura de oficio o a solicitud de acreedor, la liquidación es siempre una solución subsidiaria, que opera cuando no se alcanza o se frustra la de convenio. La unidad y la flexibilidad del procedimiento permiten en estos supuestos pasar de forma rápida y simple a la fase de liquidación. Es ésta una de las principales y más ventajosas novedades que introduce la ley, frente a la anterior diversidad de procedimientos concursales y, concretamente, frente a la necesidad de solicitar la declaración de quiebra en los casos en que no se alcanzara o se incumpliera un convenio en el expediente de suspensión de pagos. Los efectos de la liquidación son, lógicamente, más severos. El concursado quedará sometido a la situación de suspensión en el ejercicio de sus facultades patrimoniales de administración y disposición y sustituido por la administración concursal; si fuese persona natural, perderá el derecho a alimentos con cargo a la masa; si fuese persona jurídica, se declarará su disolución, de no estar ya acordada, y, en todo caso, el cese de sus administradores o liquidadores. La ley reserva para esta fase de liquidación los clásicos efectos concursales de vencimiento anticipado de los créditos aplazados y conversión en dinero de los que consistan en otras prestaciones».

La apertura de la fase de liquidación, que la exposición de motivos considera solución alternativa y subsidiaria en el concurso, puede ser declarada por resolución judicial, a petición del deudor, de cualquier acreedor y de oficio.

El deudor podrá pedir la liquidación, según el art. 142.1: 1.º Con la solicitud de concurso voluntario, concordante con el art. 6.4⁸¹, a la que acompañará propuesta de plan de liquidación; 2.º Desde que se dicte el auto de declaración de concurso y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no se hubiesen presentado impugnaciones (diez días desde la comunicación del informe regulado en el Título IV, cuya publicidad se ordena en el art. 97), o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos (art. 96.4), siempre que al momento de la solicitud no hubiera presentado propuesta de convenio o, de haber presentado una anticipada, se hubiese denegado su admisión a trámite; 3.º Si no mantuviese la propuesta anticipada de convenio, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 110, que le faculta para solicitar la liquidación; y, 4.º Dentro de los cinco días siguientes a aquél en que los acreedores hayan presentado propuesta de convenio conforme al apartado 1 del artículo 113, salvo que el propio deudor hubiere presentado una suya. Se observa que la petición de liquidación por el deudor, en los supuestos descritos, tiene lugar durante la fase común del concurso.

Sin embargo, la Ley confiere al concursado la facultad de solicitar la apertura de la fase de liquidación durante la fase de convenio, según previene el art. 128.3, en el plazo de diez días, contado de la fecha de conclusión de la junta de acreedores que aceptó una propuesta de convenio presentada por acreedores, a la que él no le hubiese prestado conformidad.

Cuando el deudor hubiese pedido la liquidación, el juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso y abriendo la fase de liquidación, dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos (art. 142.2).

El deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación

⁸¹ «En el supuesto previsto en el artículo 142.1.1.º deberá acompañarse propuesta de plan de liquidación».

de aquél. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación (art. 142.3). Este precepto impone al concursado la obligación de pedir la liquidación de su patrimonio y dejar sin efecto el convenio en fase de cumplimiento, pero queda a su libre albedrío pedir la liquidación y valorar la imposibilidad de cumplimiento del convenio aprobado por resolución firme, así como, al parecer, no concede margen de control alguno al Juez, que dictará auto abriendo la fase de liquidación, sin contradicción. Como consecuencia de esta resolución judicial, el convenio se torna ineficaz, es decir, queda rescindido, según establece el art. 140.4, para el supuesto de declaración de incumplimiento de convenio, y desaparecen los efectos sobre los créditos *ex* art. 136, además de reponerse la administración concursal, si hubiera cesado, para que se encargue de las operaciones de liquidación (plan, etc.), asuma la administración del patrimonio concursal, sustituyendo al deudor, y prepare el informe de calificación. Lógicamente, la administración concursal tendrá en cuenta lo previsto en el art. 162, sobre coordinación de pagos anteriores en fase de convenio.

Expreso la preocupación, sin alcanzar solución satisfactoria, sobre el contenido del convenio previsto en el art. 100.2, que permite:

- a) Conversión de créditos en acciones, participaciones sociales o créditos participativos. Parece que quedará rescindido, si ha sido formalizada.
- b) Enajenación del conjunto de bienes y derechos afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor, o de determinadas unidades productivas, a favor de adquirente, que haya asumido la continuidad de dichas actividades y el pago de créditos contra la masa y concursales ¿rescisión? No parece solución adecuada, pues a idéntica solución podría llegarse vía liquidación. Significa que enajenados bienes y derechos convencionalmente, se hace indisponible para el deudor la petición de liquidación, pues de hecho ya han sido liquidados, aunque no estoy muy seguro.

Cualquier acreedor, concursal o titular de créditos contra la masa, podrá solicitar la liquidación, si el deudor no la solicitase durante la vigencia del convenio, con causa en lo dispuesto en el art. 2.⁴⁸², es decir,

⁸² «Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos: 1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. 4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones

si acredita alguno de los hechos de insolvencia descritos. El juez dará a dicha solicitud el trámite previsto en los artículos 15⁸³ y 19⁸⁴ de la Ley y resolverá mediante auto si procede o no abrir la liquidación (art. 142.4). Planteo las mismas dudas que en el caso anterior, cuando la liquidación se abra a petición del concursado, durante la vigencia del convenio.

Procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación, según el art. 143.1, en los siguientes casos:

«1.º No haberse presentado dentro de plazo legal ninguna de las propuestas de convenio a que se refiere el artículo 113 o no haber sido admitidas a trámite las que hubieren sido presentadas [art. 106].

2.º No haberse aceptado en junta de acreedores ninguna propuesta de convenio [arts. 121 a 126].

3.º Haberse rechazado por resolución judicial firme el convenio aceptado en junta de acreedores, sin que proceda acordar nueva convocatoria [art. 131].

4.º Haberse declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez [arts. 133 y 197].

5.º Haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio [art. 140].

2. En los casos 1.º y 2.º del apartado anterior, la apertura de la fase de liquidación se acordará por el juez sin más trámites, en el momento en que proceda, mediante auto que se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento. En cualquiera de los demás casos, la apertura de la fase de liquidación se acordará en la propia resolución judicial que la motive».

A la resolución de la apertura de la fase de liquidación se dará la publicidad prevista en los arts. 23 y 24 (art. 144), es decir, por medios telemáticos, informáticos, electrónicos, BOE y otros periódicos oficiales, diarios, Registro Civil, Registro Mercantil, Registro de la Propiedad u otros registro públicos, según proceda.

de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades».

⁸³ «... el juez dictará auto admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse».

⁸⁴ «La vista se celebrará bajo la presidencia del juez, dentro de los 10 días siguientes a aquél en que se hubiera formulado oposición...».

10.1. *Efectos*

La apertura de la fase de liquidación tiene determinados efectos jurídicos.

Sobre el deudor: a) suspensión de sus facultades de administración y disposición, si las hubiere conservado; b) si fuese persona natural, la pérdida del derecho a alimentos, aunque se mantienen sus obligaciones como alimentista y sus derechos sobre prestaciones inembargables; y, c) si fuese persona jurídica, su disolución y cese de administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal (art. 145).

Sobre los créditos concursales: a) el vencimiento anticipado y conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones; b) la reanudación de ejecuciones de garantías reales, cuyas actuaciones hubieran quedado suspendidas por la declaración de concurso *ex art. 56*, y se acumularán al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada, según el art. 57 (art. 146).

Según el art. 147, durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el Título III de esta Ley, que regula los efectos de la declaración de concurso, es decir, deberán respetarse los arts. 40 a 73, en cuanto no se opongan a las específicas de la fase de liquidación (capítulo II, del título V), concretamente las que regulan las operaciones de liquidación (arts. 148 a 162).

Viene a colación el art. 43, que prohíbe la enajenación o gravamen de los bienes y derechos de la masa activa sin autorización del juez, hasta la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación, salvo actos de disposición inherentes a la continuación de actividades del concursado.

10.2. *Plan de liquidación*

La exposición de motivos dedica los siguientes comentarios:

«No obstante la mayor imperatividad de las normas que regulan esta fase, la ley las dota también de la conveniente flexibilidad, como se refleja en el plan de liquidación, que habrá de preparar la administración concursal y sobre el que podrán formular observaciones o propuestas el deudor y los acreedores concursales antes de su aprobación por el juez».

El artículo 148 establece:

«1. Dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación a la administración concursal, presentará ésta al Juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que

sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos...».

Breve plazo, cuando la masa activa sea de mayor cuantía, aunque pueda prorrogarse por otros quince días, y brevísimo si de procedimiento abreviado se tratase (ocho días), según el art. 191.1.

El profesor González Pascual⁸⁵ estudia, entre otros aspectos, el papel que debe jugar la contabilidad en el marco de un procedimiento concursal moderno y considera que debe servir de base para determinar la masa activa de la quiebra:

«Cuando las posibilidades de avanzar en el camino de la aproximación de posturas enfrentadas entre deudor y acreedores desaparecen, o ni siquiera ha habido oportunidad de confrontarlas, entonces se puede abrir la vía de la liquidación, cuyos efectos serán más perniciosos para la propia empresa, acreedores, trabajadores y resto de entidades relacionadas con la quebrada. El proceso que se abre en estos casos debe tener como objetivo la liquidación de la empresa que tratará de enajenar las inversiones para resarcir, con la liquidez proporcionada, una parte de las deudas en la forma establecida por la legislación. El paso previo al proceso de liquidación consistirá en la formación de la masa de la quiebra, que estará constituida por el conjunto de bienes y derechos de la empresa que resultan ejecutables en la liquidación, así como el conjunto de acreedores cuyas deudas deberemos resarcir. La cuantificación de estos elementos constituye una ardua tarea que abarcará la adición y eliminación de bienes, derechos y deudas, como consecuencia de una depuración del balance motivada por la aplicación de la retroacción o, simplemente, de la aplicación de la normativa civil vigente en materia de obligaciones, embargos, ejecuciones, tercerías de dominio, etc. El punto de partida de todo el largo recorrido, que supone la formación de la masa, estará no sólo en el balance referido al momento de la liquidación sino también en la contabilidad de los últimos años a los que deba circunscribirse la retroacción. Los ajustes y eliminaciones que procedan siempre deberán aplicarse sobre la información que contenga el mencionado balance y contabilidad».

La administración concursal, para preparar el plan de liquidación, debe partir del inventario de la masa activa, anexo a su informe ex art. 75.2.1.º, al que incorporarán, en su caso, los bienes y derechos fruto de la rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado (art. 69), así como de las acciones de reintegración o de

⁸⁵ GONZÁLEZ PASCUAL, Julián, «El papel de la contabilidad en el ámbito jurídico: Especial referencia a los procesos concursales», IX Encuentro de Profesores de Contabilidad, *La contabilidad ante el nuevo milenio*, Las Palmas de Gran Canaria, mayo 2000.

impugnación (artículos 71 a 73), debidamente valorados, si se hubiesen incorporado o reintegrado con posterioridad al citado informe. En el corto plazo establecido (quince días, prorrogables por otros quince, u ocho, con la misma prórroga) presentarán al juez dicho plan de liquidación, es decir, su propuesta de realización individualizada o por lotes, bien por unidades de producción o como conjunto de explotación industrial, cuando se tratase de deudores dedicados a actividades profesionales o empresariales. Recuerdo que este precepto recomienda:

«... siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos...».

En cuanto al modo de realizar las enajenaciones de la masa activa, parece que prima el método de venta directa, que permite hacerlo a través de entidad especializada (arts. 640-642 LEC), aunque no se descarta la subasta pública (arts. 643-675 LEC) o notarial.

Se omite el calendario previsto para la ejecución de dicho plan de liquidación, pero deberá realizarse en el plazo de un año, según el art. 153. No cabe la dación de bienes o derechos en pago o para pago de deudas, si se considera aplicable en fase de liquidación la prohibición del art. 100.3 para el convenio. El adquirente puede ser cualquier persona capacitada, sin que se deba poner reparo a que fuese acreedor, concursal o contra la masa.

Además de su puesta de manifiesto en la Secretaría del Juzgado y en otros lugares que el Juez acuerde, se dará traslado de dicho plan de liquidación al deudor y a los acreedores personados, así como a los trabajadores, en su caso, para alegaciones, según los apartados 2 y 3 del citado art. 148.

Me parece desacertado el tono imperativo, cuando no se hubiesen formulado observaciones y propuestas de modificación del plan presentado por la administración concursal: *«el Juez, sin más trámite, dictará auto declarando aprobado el plan y a él habrán de atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa»*, pues debiera permitirse que la decisión judicial matice, modifique o rechace el plan de liquidación propuesto por la administración concursal, como parece deducirse del art. 149.1. Cuando se hubiesen formulado observaciones o propuestas a dicho plan, por parte de los interesados (deudor, acreedores personados y trabajadores, en su caso), la administración concursal informará al juez sobre las mismas para su resolución mediante auto, lo que quiere decir que se atribuye al Juez la facultad discrecional de aceptarlas o rechazarlas, total o parcialmente, así como adaptarlas a su buen criterio

e, incluso, no aprobar el plan de liquidación y acordar que dicha liquidación tenga lugar conforme a las reglas legales supletorias.

El apartado 4 del precitado art. 148 contempla el caso de que las operaciones de liquidación previstas supongan la extinción o suspensión de contratos laborales o la modificación de las condiciones de trabajo y declara la aplicación del art. 64, antes de la elaboración del plan, es decir, la administración concursal debe tramitar ante el juez del concurso los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, quien llamará a consulta a los representantes de los trabajadores y recabará informe de la Autoridad Laboral. Esta incidencia puede dar al traste con el plazo de quince días y su prórroga, pues parece que se suspende el mismo, en tanto en cuanto no se resuelva la problemática laboral.

Para esta tarea, de elaboración del plan de liquidación, la administración concursal debe acudir a expertos independientes, incluso si lo hizo anteriormente para la valoración de la masa activa unida a su informe ex art. 75, para que ratifiquen o actualicen aquella tasación, y puede contar con la ayuda de auxiliares delegados (art. 32), particularmente en procedimientos abreviados, cuando haya sido nombrado un único administrador concursal y sea abogado (art. 191.2).

10.3. Reglas legales supletorias

La exposición de motivos indica:

«Sólo si ésta [la aprobación del plan de liquidación] no se produce y, en su caso, en lo que no prevea el plan aprobado, se aplicarán supletoriamente las reglas legales sobre realización de bienes y derechos de la masa activa del concurso. Aun en este último caso, la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa».

En el ordinal 1.º del apartado 1 del artículo 149, sobre reglas legales supletorias, caso de no aprobarse el plan de liquidación o para los bienes no incluidos en el mismo, también se prima el interés del concurso en la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor, cuando previene:

«El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo... mediante subasta y si ésta quedase desierta el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa».

De igual modo, es sensible a los intereses sociales, al disponer la audiencia previa de los representantes de los trabajadores, en todo caso, es decir, tanto si la enajenación tiene lugar como un todo como cuando la realización se hace de sus elementos componentes, así como cuando, en el ordinal 2.º, se remite a lo dispuesto en el art. 64, caso de que la liquidación suponga la extinción o suspensión de los contratos laborales o la modificación en las condiciones de trabajo.

Cuida este precepto, en el ordinal 3.º de dicho apartado 1, de regular:

- a) Con carácter general, que los bienes y derechos del concursado se enajenarán según su naturaleza (muebles o inmuebles), salvo aquellos afectos a créditos con privilegio especial, conforme a las disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio (arts. 634 a 675), es decir, mediante subasta judicial, convenio de realización (art. 640) o a través de empresa especializada (art. 641).
- b) Que, caso de enajenación del conjunto empresarial o de determinadas unidades productivas, el juez otorgará preferencia a las ofertas de compra que garanticen la continuación de la empresa o de las respectivas unidades productivas y de los puestos de trabajo, y sobre las que serán oídos los representantes de los trabajadores.

En el apartado 2 del art. 149, se anuda a estas enajenaciones la declaración de sucesión de empresa, a efectos laborales, regulada en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores⁸⁶, cuando los bienes transmitidos mantengan su identidad, entendida como un conjunto de medios organizado a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, aunque faculta al juez para acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago, anteriores a la enajenación, que sea asumida por el FOGASA. Al respecto, sobre sucesión de empresa y derivación de responsabilidades, conviene citar la Disposición final undécima (ep. 13.1.1), que exonera de responsabilidad tributaria por sucesión de empresa en sede concursal, y que se echa en falta una disposición similar respecto de responsabilidades de la misma naturaleza con la Tesorería General de la Seguridad Social (arts. 104 y 127 del TRLGSS).

⁸⁶ Disposición final decimocuarta. Reforma del Estatuto de los Trabajadores. El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda modificado en los términos siguientes:... 2. Se añade al capítulo III del título I una nueva sección que, como sección 5.ª y bajo el título «Procedimiento concursal», estará integrada por el siguiente artículo: «Artículo 57 bis. *Procedimiento concursal. En caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal*».

El inciso final de este apartado 2 concede una autorización innecesaria, pues nada obsta a los acuerdos lícitos que puedan alcanzar el cesionario y los representantes de los trabajadores, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo (interés del concurso).

Tiene interés para dichas enajenaciones judiciales lo dispuesto en la Disposición final duodécima, que las exonera del régimen de comprobación administrativa de valores (ep. 13.1.2).

10.3.1. BIENES Y DERECHOS LITIGIOSOS

La enajenación de bienes y derechos litigiosos, conforme al plan de liquidación o a través de las reglas legales supletorias, puede llevarse a efecto con tal carácter, es decir, que el adquirente asume el desenlace del litigio. La comunicación por la administración judicial al juzgado o tribunal, que esté conociendo el litigio de dicha enajenación, producirá la sucesión procesal del adquirente⁸⁷ (art. 150).

10.3.2. DERECHO CONCURSAL MERCANTIL DEROGADO

El procedimiento de **quiebra** puede terminar, normalmente, por alguna de las siguientes causas: el éxito de la oposición a la declaración de quiebra o la liquidación para pago a los acreedores. La doctrina califica como formas anormales de finalización de la quiebra el convenio, la falta o ausencia de activo y la caducidad de instancia.

El profesor De la Oliva⁸⁸ confirma que la revocación del auto de declaración de quiebra o el pago a los acreedores son las formas principales de lo que se ha dado en llamar terminación normal de la quiebra, reservándose la denominación de terminación anormal para el caso de que se llegue a un convenio entre acreedores y deudor. Añade que la doctrina y el Derecho comparado plantean y muestran otras formas de terminación, más bien anormales que normales, como el desistimiento y la caducidad de la instancia (muy dudosos en nuestro Derecho, en el que no están previstos el desistimiento, en general, y la caducidad, respecto de los procesos concursales), la inasistencia de acreedores a las juntas, la inexistencia de una pluralidad de acreedores, la carencia de

⁸⁷ Disposición final tercera. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda modificada en los términos siguientes: ... «2. Se añade un apartado 3 al artículo 17 con la siguiente redacción: «3. La sucesión procesal derivada de la enajenación de bienes y derechos litigiosos en procedimientos de concurso se regirá por lo establecido en la Ley Concursal. En estos casos, la otra parte podrá oponer eficazmente al adquirente cuantos derechos y excepciones le correspondieran frente al concursado».

⁸⁸ OLIVA, Andrés de la, *op. cit.*, vol. IV, pág. 408.

activo (en el Derecho italiano determina el final de la quiebra) o la consignación. En cuanto a ésta, entiende que no cabe una vez declarada la quiebra, pues entonces el deudor ha perdido ya su poder de disposición para ofrecer el pago y depositar, aunque bien podría hacerlo un tercero en su nombre.

Durante la tramitación de la quiebra, deben ser objeto de realización los bienes y derechos del quebrado (masa activa), una vez firme el auto de declaración de quiebra, en dos etapas del procedimiento, siempre que no medie una proposición de convenio. La primera, por el depositario, procurando la venta de aquellos bienes muebles que no puedan conservarse (art. 1055 del primer C. de C. y 1354 de la LEC) y gestionando el cobro a los deudores del quebrado (arts. 1050 al 1054 del mismo Código), todo ello con la autorización del comisario, y, la segunda, por la sindicatura, encargada de la administración, enajenación y realización de todos los bienes, derechos y acciones de la quiebra, además de ocuparse de la recaudación y cobranza de créditos y rentas (art. 1073 del Código citado).

El art. 1358 de la LEC regula el justiprecio y venta del caudal de la quiebra, según la diferente calidad de los bienes que integren la masa activa, remitiéndose a lo dispuesto en los arts. 1084 a 1088 del Código de Comercio de 1829.

Destaca el profesor Manresa⁸⁹ que será aplicable a estas ventas lo que se dispone en los arts. 1236 y 1238 a 1240 de la LEC. El magistrado Eloy Méndez⁹⁰ indica que a la enajenación de los bienes de la masa de la quiebra, que corresponde a los síndicos, se la rodea de tres garantías: a) la intervención del comisario, que determina, en última instancia, si la venta ha de efectuarse fijando el precio mínimo en su caso; b) el justiprecio de los bienes, previo a la fijación del precio mínimo, que en caso de efectos mercantiles se efectuará atendiendo a su coste según las facturas de compra o coste de producción, y, en caso de bienes muebles o inmuebles tendrá lugar mediante el nombramiento de un perito por los síndicos, otro por el quebrado y, en caso de discordia, otro por el juez; y, c) el procedimiento de enajenación, mediante intervención de corredor de comercio⁹¹, en la venta de efectos de comercio, o en subas-

⁸⁹ MANRESA Y NAVARRO, José M.ª, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1891, tomo V, tomo V, pág. 355.

⁹⁰ MÉNDEZ MARTÍN, Eloy, «La masa de bienes de la quiebra», en *Derecho Concursal* (Cuadernos de Derecho Judicial). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, págs. 514-515.

⁹¹ Integrados en el Cuerpo Unico de Notarios, en virtud de la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

ta pública, en lo que respecta a bienes muebles e inmuebles, así como a efectos mercantiles, cuando hayan de venderse donde no haya corredor⁹¹ o cuando haya de rebajarse su precio de coste.

a) Accionistas por desembolsos no exigidos

El art. 925 del C. de C. autoriza al administrador (depositario) o administradores (síndicos) de la quiebra, para reclamar a los socios comanditarios los dividendos pasivos pendientes que sean necesarios, dentro del límite de su respectiva responsabilidad, y los intereses adeudados, en su caso, en armonía con lo establecido en los arts. 170 y 171 del mismo Código mercantil, y para las sociedades anónimas, según lo previsto en los arts. 42 a 44 del TRLSA. También podrán los administradores de la quiebra enajenar las acciones no liberadas, por cuenta y riesgo del socio moroso, o proceder a su amortización, con la consiguiente reducción del capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya percibidas por ella a cuenta de la acción, según previene el art. 45 de la mentada Ley. Además, el art. 926 del citado Código autoriza la compensación de las cantidades que estuvieren obligados a poner los socios comanditarios, los de sociedades anónimas y los cuentapartícipes, cuando a la vez sean acreedores de la quiebra.

El profesor Prat i Rubí⁹² señala que el referido art. 925 no aclara si se refiere a las aportaciones pendientes de desembolso vencidas o a la totalidad de los dividendos pasivos, aunque no estén vencidos, ni el alcance de los que sean necesarios. Interpreta, con la doctrina dominante (cita a Ramírez y Uría), que la exigibilidad será automática cuando se trate de desembolsos vencidos, y que la obligación de aportación de los dividendos pasivos no vencidos exigirá la prueba de su necesidad, es decir, que la quebrada se encuentra descapitalizada por superar el pasivo al activo.

Viene al caso, aunque se trate de una reclamación de dividendos pasivos por ser necesarios para satisfacer los créditos sociales de la sociedad en liquidación, la SAP de Cantabria, de 26.09.1997, con los siguientes Fundamentos de Derecho:

«Primero. En el presente pleito ha sido indiscutido que el demandado suscribió las acciones que se citan en el escrito de demanda, desembolsando sólo parcialmente su importe; es así admitido que en razón a tales suscripciones se generaron a favor de la sociedad y a cargo del demandado unos dividendos pasivos por el importe reclamado de

⁹² PRAT I RUBÍ, Joan, *Intervención de la persona jurídica en el juicio de quiebra*. Barcelona, Bosch, 1985, págs. 199-201.

más de ochenta millones de pesetas. Lo que se discute es si la sociedad, actualmente en liquidación, puede reclamar el pago de esos dividendos pasivos por ser necesarios para satisfacer los créditos sociales, y si, en su caso, esa deuda es exigible, habida cuenta de los términos establecidos por el propio liquidador para su pago.

Segundo. 1. Por lo que respecta a la primera de las cuestiones apuntadas, asiste la razón al apelante al combatir la tesis sostenida en la sentencia de instancia. En efecto, al abordarse la interpretación del artículo 272.e) de la LSA no puede soslayarse que por la suscripción de acciones sin desembolsar totalmente su importe nace un crédito de la sociedad frente al socio por la diferencia, los dividendos pasivos, deuda existente desde el momento mismo de aquella suscripción aunque no resulte exigible sino en la forma y plazos previstos en los estatutos o, a falta de previsión en éstos, por los administradores o, en su caso, liquidadores. El artículo 272.e) citado, al regular las funciones de los liquidadores les atribuye la de exigir el pago de los dividendos pasivos aún no exigibles al iniciarse la liquidación, en la medida en que resulten necesarios para satisfacer a los acreedores. La norma, de una parte y en cuanto legítima al liquidador para exigir el pago de esos dividendos pasivos a fin de pagar a los acreedores es una norma protectora de éstos, que debe ser interpretada en el sentido más favorable a la consecución de ese objetivo; de otra, y en cuanto limita la reclamación a la “cuantía necesaria” para satisfacer a los acreedores, trata simplemente de evitar desembolsos inútiles por los accionistas, pues si los activos de la sociedad son bastantes para satisfacer a éstos carece de sentido esa aportación de los dividendos pasivos. Teniendo en cuenta estos aspectos, en criterio de esta Audiencia la interpretación correcta del precepto es que el liquidador puede desde luego reclamar los dividendos pasivos no exigidos con anterioridad a la liquidación si los considera necesarios para pagar a los acreedores, pero el socio podrá oponerse acreditando la inutilidad e innecesariedad del pago para satisfacer a éstos; de otra forma, y si como entiende la sentencia de instancia fuera exigible a la sociedad la prueba de la cuantía exacta de las deudas sociales y del valor concreto y definitivo del patrimonio social, se estaría abocando inevitablemente a dilatar hasta la total realización de éste la posibilidad de exigencia de aquellos dividendos pasivos, con evidente perjuicio para los acreedores que son los protegidos por la norma. En definitiva, el sentido propio de la norma es consagrar una causa de inexigibilidad de la deuda de la que podrá hacer uso el socio deudor, a quien incumbe la prueba del presupuesto de su éxito, la efectiva inutilidad del abono de los dividendos pasivos para satisfacer a los acreedores. 2. Sobre la base expuesta, y a la vista de las pruebas practicadas en los autos, es patente que la oposición formulada por el demandado sobre la base de no entender necesario el pago de los dividendos pasivos adeudados para pagar a los acreedores carece de toda viabilidad. La prueba documental aportada acredita lo elevadísimo de las deudas

acumuladas por la sociedad, en cifras que hacen incluso parecer pequeña la muy importante suma adeudada de más de ochenta millones, siendo de destacar cómo en la propia contestación a la demanda se reconoce y acepta como pasivo exigible de la sociedad a 31 de octubre de 1992 una suma de 2.631.141.000 ptas. Frente a ello, y a la incontestable realidad de que la sociedad fue disuelta por concurrir la causa d) del artículo 30 de la Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 1984, esto es, por haber sufrido pérdidas en cuantía superior al 50 por 100 del capital social desembolsado —que ascendía a la sazón a sólo 137 millones de pesetas—, acuerdo de disolución votado favorablemente por el hoy demandado en la junta que lo adoptó el 19 de octubre de 1992, sólo se invoca una posible revalorización del patrimonio inmobiliario de la sociedad, pretendiendo dar preeminencia a los valores de realización en el mercado sobre los contables, cuando es sabido que precisamente por lo fluctuante del valor de realización de los bienes inmuebles el Plan General de Contabilidad obliga a adoptar siempre el criterio de valor de adquisición, y que no es posible a efectos contables una revalorización de esas valoraciones, salvo en el caso de autorización legal. La posibilidad de que la realización de los bienes inmuebles patrimonio de la suspenso dote a ésta de recursos bastantes para hacer frente a la totalidad de sus deudas no puede ser en este momento afirmada más que como una mera posibilidad, y por consiguiente no puede servir de base para, soslayando la realidad que reflejan los datos contables aportados, afirmar que los dividendos pasivos debidos por el demandado son innecesarios para pagar a los acreedores y su reclamación indebida. Por el contrario, la enormidad de la deuda y la insuficiencia patrimonial contablemente acreditada —única realidad que debe considerarse en cuanto la contabilidad ajustada a los principios del Plan General de Contabilidad es precisamente garantía del conocimiento de una imagen fiel de la sociedad—, obligan a afirmar como única conclusión razonable que las 80.710.000 ptas. de dividendos pasivos reclamados son efectivamente necesarios para satisfacer los créditos de los acreedores sociales.

Tercero. 1. El otro punto debatido es el de la exigibilidad de la deuda, pues el demandado ha alegado que esa deuda, aún existente, no está vencida ni es exigible al no haber siquiera empezado a correr el plazo concedido al deudor para su pago. Como base fáctica indiscutida y acreditada debe sentarse que en los Estatutos sociales no hay previsión alguna sobre la forma y el plazo de pago de los dividendos pasivos; que el Liquidador-Delegado de la sociedad decidió exigir al demandado los dividendos pasivos adeudados, y que al efecto le dirigió una carta en la que le concedía el plazo de quince días a contar desde la recepción de la carta misma para efectuar el pago; que esa carta, fechada el 14 de julio de 1993, no fue nunca recibida por el demandado, pues éste estaba ausente en aquellas fechas del domicilio a que se remitió y el Servicio de Correos la devolvió al Notario remitente, sin que

se volviera a intentar notificación alguna; y que el acuerdo de exigir el pago de los dividendos pasivos fue publicado en el BORME de fecha 15 de febrero de 1994, en el que se anuncia que el plazo para pagar los dividendos es de “quince (días) a contar desde la notificación que, a cada uno de los accionistas deudores, les ha dirigido por conducto notarial”. 2. De lo anterior se desprende que el Liquidador-Delegado, en ejercicio de la facultad conferida en aquel artículo 272 de la LSA y de conformidad con las previsiones de los artículos 42 y ss. de la Ley, estableció la forma y el plazo para realizar el pago de los dividendos pasivos, y ese plazo no era otro que el de quince días a contar desde la notificación personal del acuerdo. Siendo esto así, no puede por menos de acogerse la tesis del demandado de que tal plazo no se había iniciado al tiempo de interponerse la demanda, pues, efectivamente, a esa fecha aún no se había realizado requerimiento ni notificación personal alguna al demandado. El Juzgador de instancia ha obviado la cuestión entendiéndolo que en todo caso la publicación del acuerdo en el BORME cumplió esa función de notificación, lo que no puede ser aceptado porque contradice los propios términos del acuerdo, que fija como día a quo el de la notificación personal.

3. Lo anterior ha de conducir a estimar el motivo de oposición, pues no habiéndose iniciado el plazo de cumplimiento de la obligación ésta no está vencida ni es exigible, conforme a los artículos 1125 y 1130 del Código Civil, ni el deudor ha incurrido en mora en los términos previstos en el artículo 43 de la LSA ni puede ser condenada “ahora” al pago de esa deuda. Como es sabido, los pleitos deben decidirse conforme a la situación de hecho y de derecho existente al momento de plantearse la demanda (SSTS 13 abril 1986 y 17 febrero 1992), sin poder tener en cuenta hechos posteriores, lo que impide en el presente caso considerar que el emplazamiento al demandado en este pleito haya cumplido o no la función de aquella notificación y el plazo esté actualmente vencido, y obliga a tener que afirmar, como se hace, que la obligación no estaba vencida al tiempo de interposición de la demanda —límite temporal a considerar y que definirá el ámbito de la cosa juzgada—, y ésta debe ser desestimada por esta causa. Por último, y para agotar la congruencia de esta resolución en relación con las alegaciones del apelante, debe decirse que el aquietamiento del demandado a la sentencia de instancia no ha conferido firmeza a la desestimación por el juez del motivo de oposición aquí estimado, pues como es sabido los recursos sólo pueden combatir la parte dispositiva de las resoluciones judiciales, no sus argumentos, y siendo el fallo de la recurrida totalmente favorable para el demandado, carecía de interés jurídico alguno que le legitimara para la interposición de recurso de apelación contra la sentencia. Por contra, la interposición de la apelación por el actor ha devuelto a esta Audiencia la plena jurisdicción para conocer de las cuestiones debatidas, y la exigibilidad de la deuda por razón de su vencimiento es un presupuesto más del

éxito de la acción ejercitada que inevitablemente esta Audiencia debía examinar».

b) Acciones propias

La autocartera ha sido estudiada monográficamente, entre otros, por el profesor Lojendio Osborne⁹³. Aquí interesa como un posible activo objeto de realización y, lo normal, en la quiebra, será que las acciones de la propia quebrada, en cartera, carezcan de valor, aunque su demostración requiera de los trámites para su enajenación, es decir, la subasta pública, que exige su avalúo por peritos al tratarse de valores mobiliarios.

c) Inmovilizaciones inmateriales

Comprenden elementos patrimoniales intangibles constituidos por derechos susceptibles de valoración económica.

Los gastos de investigación y desarrollo, si no han cristalizado en el descubrimiento de nuevos conocimientos, susceptibles de su inscripción en un Registro público, se darán de baja con cargo a la cuenta 670 del PGC. Si han dado resultados positivos, se procederá a su inscripción en el Registro correspondiente para su posterior venta en pública subasta, con las formalidades exigidas para la venta de bienes del inmovilizado material, es decir, previa tasación pericial.

Las concesiones administrativas, que comprenden la transferencia de la facultad de gestión de un servicio público, o el otorgamiento del disfrute exclusivo de un bien de dominio público, normalmente con duración determinada (activos sujetos a reversión), vienen condicionadas por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que previene su nulidad con causa en la quiebra del contratista (art. 62), lo que hará recomendable alcanzar una transacción con la Administración, en los términos previstos por el art. 1360 LEC. El tratamiento contable de los activos revertibles y el fondo de reversión ha sido objeto de estudio monográfico por la AECA⁹⁴.

Los derechos de la propiedad industrial o intelectual (representados en patentes de invención, patentes de introducción, marcas o signos

⁹³ LOJENDIO OSBORNE, Ignacio, *Derecho mercantil*. 3.ª ed., Barcelona, Ariel, 1995, vol. I, págs. 260-273.

⁹⁴ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS. *Fondo de reversión*. Documento núm. 14. 2.ª edición. Madrid, junio 1992.

distintivos de producción o de comercio, modelos de utilidad, modelos y dibujos industriales o artísticos; los nombres comerciales y rótulos de establecimiento; las películas cinematográficas, obras científicas, literarias o artísticas), deben venderse en pública subasta, previa la oportuna tasación pericial.

El fondo de comercio, cuando comprenda clientela o red comercial, puede ser objeto de liquidación en venta directa, con los requisitos de tasación pericial que se exigen para los efectos de comercio.

Los derechos de traspaso pueden ser objeto de transacción, previo informe del comisario, si lo autoriza el juzgado (art. 1360 de la LEC), dada la concurrencia de intereses del arrendador y nuevo arrendatario.

Las aplicaciones informáticas, si se encuentran materializadas en programas (*software*), deben transmitirse en pública subasta, previa tasación pericial.

Los derechos sobre bienes en arrendamiento financiero (*leasing*), en la quiebra del arrendatario, podrán ser objeto de transacción con la entidad arrendadora, con los requisitos del citado art. 1360.

Los anticipos sobre inmovilizaciones inmateriales, en la medida que se hayan plasmado en realidades intangibles, podrán ser objeto de transacción con el proveedor o tercero interesado, siempre que el juzgado lo autorice, previo informe del comisario.

d) Inmovilizaciones materiales

En la venta de bienes muebles (que no sean existencias) e inmuebles, resulta obligada la subasta pública, con todas las formalidades de derecho, pues si se hicieren en otra forma, serán de ningún valor, según dispone el art. 1088 del C. de C. viejo. Sin embargo, no es infrecuente que se autorice judicialmente la venta directa de bienes muebles, sin soporte legal alguno. Se estima permitido excluir de la venta en pública subasta los bienes que constituyen el objeto del comercio del quebrado, aun siendo raíces, como ocurre en el sector de la promoción inmobiliaria, según reconoce la Resolución de la Audiencia Provincial de Madrid de 27.06.1992.

Las ventas en pública subasta deben atenerse a lo establecido en los arts. 1482⁹⁵, 1488 a 1493⁹⁶, 1495 a 1520⁹⁷ y 1531⁹⁸ de la LEC, según

⁹⁵ Nueva LEC: «Art. 623. *Garantía del embargo de valores e instrumentos financieros*». «Art. 635. *Acciones y otras formas de participación sociales*».

⁹⁶ Arts. 639, 643, 645, 656, 659, 660, 663, 664, 667 y 668 de la nueva LEC.

⁹⁷ Arts. 613, 642, 647 a 654, 657, 665, 667 a 674, 676 y 678 de la nueva LEC.

⁹⁸ Art. 567 de la nueva LEC: «*Interposición de recursos ordinarios y suspensión*».

dispone el art. 1236 de dicha Ley procesal, referido al concurso, por remisión del art. 1319 de la Ley riuaria, y a los arts. 1238 a 1240 de esta Ley, según cita el profesor Manresa⁹⁹. No resultan aplicables, por lo tanto, las disposiciones sobre subastas voluntarias judiciales, que se regulan en el Título XIII del Libro Tercero de la reiterada Ley (arts. 2048 a 2055).

La preparación de las subastas y su seguimiento, por la sindicatura, es clave para el éxito en las operaciones de venta, y ello hace aconsejable auxiliarse de expertos en la valoración de los bienes correspondientes, que servirán de antecedente a las tasaciones periciales para formar el tipo de licitación. No suele ser suficiente la publicación por edictos del anuncio de la subasta y se recomienda que la sindicatura promocio-ne la venta con publicidad adecuada al mercado potencial. Si la subasta se planifica seriamente, no será preciso que se convoque, simultáneamente, la segunda, siendo suficiente, en su caso, recurrir al margen de rebaja del 25%, que permite el art. 1504¹⁰⁰ de la LEC, para pedir que se saquen de nuevo a pública subasta.

El art. 1238 LEC establece que si en la primera subasta no se presentase postura admisible (art. 1499¹⁰¹), se anunciará la segunda subasta con la rebaja del 25% de la tasación, y cuando tampoco hubiere postor se convocará a junta de acreedores para que acuerden la manera en que hayan de adjudicarse los bienes no vendidos, si no prefieren la tercera subasta sin sujeción a tipo. Manresa¹⁰² comenta que el citado artículo, de forma deliberada, no establece la forma en que ha de adoptarse dicho acuerdo, ni si vincula a todos los acreedores. La adjudicación de bienes ha de ser aceptada voluntariamente, no pudiendo ser obligados los acreedores a recibir en pago los bienes embargados que no han podido venderse. Por tanto, la finalidad de la referida junta de acreedores es la de informar a éstos de la falta de postor, por si alguno estuviese interesado en quedarse, en pago total o parcial de su crédito, con los bienes por las dos terceras partes del precio que hubiese servido de tipo en la segunda subasta, entregando el exceso en metálico, si lo hubiere. Si ninguno de los concurrentes aceptase la adjudicación de todo o parte de los bienes con esa condición, ha de entenderse que prefieren la tercera subasta. Pero no habrá votaciones, ni adopción de acuerdos por mayorías, porque no pueden ser obligatorios. Si hubiere

⁹⁹ MANRESA Y NAVARRO, José M.^a, *op. cit.*, tomo V, pág. 355.

¹⁰⁰ Nueva LEC: De la subasta de los bienes muebles. «Artículo 651. Subasta sin ningún postor». De la subasta de bienes inmuebles. «Artículo 671. Subasta sin ningún postor».

¹⁰¹ Art. 648 de la nueva LEC: «Posturas por escrito».

¹⁰² MANRESA Y NAVARRO, José M.^a, *op. cit.*, tomo V, págs. 148-149.

más de un acreedor interesado en estos bienes, se celebrará una «subasta» entre ellos.

La citada sentencia de la AP de Santander, de fecha 22.02.1993, niega a la quebrada legitimación para la demanda de nulidad de una tercera subasta celebrada sin convocatoria previa a la junta de acreedores:

«La mercantil recurrente solicitó ante el Juzgado de Instancia la nulidad de la tercera subasta celebrada por dos concretas causas: la no convocatoria previa a la junta de acreedores para pronunciarse sobre su celebración, en vista de haber quedado desierta la segunda subasta en cuanto a varias de las fincas a liquidar, y la adquisición por los síndicos de la quiebra de algunas de las fincas subastadas, en contra de la prohibición legal al respecto (art. 1089 del C. de C. de 1829). En cuanto a la primera de estas infracciones, es patente su producción formal, pues ordenando el art. 1238 de la LEC, aplicable a las quiebras, que si quedara desierta la segunda subasta se convocara a la junta de acreedores para que acuerden la manera en que hayan de adjudicarse los bienes no vendidos, si no prefieren la tercera subasta sin sujeción a tipo, no se convocó sin embargo a dicha junta, celebrándose sin más trámites esa tercera subasta sin sujeción a tipo a instancia de los síndicos. Sin embargo, como bien argumenta el juzgador de Instancia, tal infracción formal no ha ocasionado indefensión alguna a la mercantil quebrada, quien por ello carece de legitimación para pedir la nulidad de actuaciones con base en ella. Para comprender esto basta con constatar que aunque se hubiese cumplido la Ley y se hubiera convocado a la junta de acreedores, la quebrada tampoco habría sido oída sobre el procedimiento a seguir y podía haberse acordado la venta de los bienes en tercera subasta, sin sujeción a tipo, aun en contra de su parecer, luego del incumplimiento de tal trámite ninguna privación del derecho a ser oída se ha derivado para ella. Sólo los afectados por la supresión de ese trámite, los acreedores a quienes se ha privado de su facultad de resolución sobre la forma de adjudicar o liquidar los bienes, podrían reclamar por indefensos, pero es patente que, pese a haberse dado a las subastas la publicidad legal, ninguno de ellos ha considerado perjudicial la decisión adoptada por los síndicos y aceptada por el Juzgado. El motivo, por consiguiente, debe ser desestimado. Pero, a mayor abundamiento, debe hacerse notar que tras la celebración de la tercera subasta y precisamente respecto de aquellas fincas en que el precio ofrecido no alcanzó el mínimo legalmente previsto, el Juzgado suspendió la aprobación del remate acordando notificárselo mediante edictos a la quebrada, a la sazón en paradero desconocido y sin representación procesal, a los efectos previstos en el art. 1506¹⁰³ de

¹⁰³ Art. 650 de la nueva LEC: «Aprobación del remate. Pago. Adjudicación de bienes».

la LEC, lo que efectivamente se hizo, pese a lo que ésta no consta hiciera dentro del plazo legal uso de ninguna de las opciones de que legalmente disponía, a pesar incluso de que, producida la personación dentro del plazo legal, tuvo desde entonces acceso a todo lo actuado; mal puede invocar indefensión cuando le ha sido dada la oportunidad de ejercitar su derecho y no lo ha hecho».

No se sostiene legalmente la repetición de la tercera subasta, cuando en la celebrada había quedado desierta, según declara el auto de la AP de Salamanca, de fecha 22.02.1996.

e) Inmovilizaciones financieras

El profesor Gil Robles¹⁰⁴, en su dictamen sobre la quiebra de la «Barcelona Traction», equipara efectos mercantiles a títulos valores (acciones y obligaciones) y señala que para su venta será suficiente la intervención de corredor¹⁰⁵; abunda en que si, además, la enajenación se efectúa en subasta pública, se añade una garantía a la defensa de los intereses de los acreedores. Sin embargo, la nulidad de la subasta no invalidaría la enajenación hecha por los síndicos, en caso de que los motivos de nulidad fuesen fundados, debido a que habría dejado de tener validez una garantía supletoria, pero no necesaria, pues la intervención de corredor¹⁰⁵ en la venta de efectos mercantiles legitimaría plenamente la actuación de los síndicos. No obstante, parece más seguro que la mención a efectos de comercio y efectos mercantiles, que se usan indistintamente en los arts. 1084 a 1086 del primer C. de C., se refiere a géneros, efectos o cosas, objeto de las compras y ventas mercantiles, que se regulaban en la Sección Segunda del Título III del Libro II del viejo C. de C. (arts. 361 a 381). También se mencionaban expresamente los efectos de comercio en el art. 407 del referido Código mercantil, así como en el art. 1437¹⁰⁶ de la LEC y en el art. 349.1.º del C. de C. Efectos de comercio y efectos mercantiles, a estos fines, son sinónimos, pues éstos comprenden géneros, efectos o cosas (mercaderías), según se recoge en la segunda parte del Libro III de la LEC «*Del depósito y reconocimiento de efectos mercantiles*», cuyo art. 2119 se remite a lo dispuesto en los arts. 121, 122, 218, 222, 365, 674, 745, 777, 781 y 988

¹⁰⁴ GIL ROBLES, José M.ª, *La quiebra de «Barcelona Traction»*. Barcelona, Talleres Gráficos Mariano Galvé (imp.), 1957, pág. 130.

¹⁰⁵ Integrados en el Cuerpo Unico de Notarios, en virtud de la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

¹⁰⁶ Art. 635 de la nueva LEC: «*Acciones y otras formas de participación sociales*».

del viejo C. de C., que contemplan géneros, efectos, cargas y cargamentos, es decir, efectos de comercio o mercaderías.

Considero, por tanto, que la venta de valores mobiliarios, previo informe del comisario y autorización judicial, habrá de respetar el procedimiento establecido en el art. 1482¹⁰⁷ de la LEC, según coticen o no en un mercado secundario oficial, es decir, cuando se trate de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, se hará su venta a través de dicho mercado (art. 36 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, modificados por Ley 37/1998, de 16 de noviembre), y cuando no sean cotizados se venderán con intervención de Notario o Corredor Colegiado de Comercio¹⁰⁸ y se precisa su tasación pericial. Cuando se trate de efectos públicos se estará al precio de cotización ex art. 1438¹⁰⁹ de la LEC.

f) Créditos, derechos y acciones

En general, la recuperación de créditos, etc., será objeto de gestión por el depositario y los síndicos. Ante la dificultad de cobro o realización, procederán las acciones judiciales, ante el juzgado que corresponda, previa autorización del comisario. Al respecto, la STS de 4.05.1988 nos aclara conceptos sobre personalidad y capacidad de la demandante-quebrada (legitimación activa) y su representación por los síndicos y, antes de su nombramiento, por el depositario, en el Fundamento de Derecho:

«Tercero. El segundo motivo, último de los formulados, se acoge al ordinal 5.º del meritado art. 1692¹¹⁰ para invocar «infracción de las normas del ordenamiento jurídico», en concreto, las comprendidas en los artículos 2¹¹¹, 3¹¹², 533.2¹¹³, 1319, 1181 y 1182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 878 del Código de Comercio, así como del art. 693¹¹⁴ de la precitada Ley procesal, por interpreta-

¹⁰⁷ Arts. 623 y 635 de la nueva LEC.

¹⁰⁸ Integrados en el Cuerpo Unico de Notarios, en virtud de la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

¹⁰⁹ Art. 635 de la nueva LEC.

¹¹⁰ Art. 477 de la nueva LEC: «*Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación*».

¹¹¹ Art. 7 de la nueva LEC: «*Comparecencia en juicio y representación*».

¹¹² Arts. 23.1 y 24 de la nueva LEC: «*Art. 23. Intervención de procurador*».

¹¹³ Derogado por DDU.1 de la nueva LEC. Para las excepciones 2.ª y 4.ª, ver art. 9 de la nueva LEC: «*Apreciación de oficio de la falta de capacidad*».

¹¹⁴ Arts. 9, 416, 428 y 429 de la nueva LEC: «*Art. 416. Examen y resolución de cuestiones procesales, con exclusión de las relativas a jurisdicción y competencia*». «*Art. 428.*

ción errónea del mismo; infracciones las enunciadas que giran en torno a la excepción de falta de personalidad en la sociedad actora y que fue alegada por la entidad demandada-recurrente, en aras de que habiendo sido declarada en estado legal de quiebra voluntaria, carecía de capacidad para comparecer en juicio y su representación, al efecto, correspondía a la sindicatura. Para la resolución del motivo, conviene puntualizar que los defectos relativos a la capacidad procesal permiten su subsanación y que en la quiebra de referencia no había recaído nombramiento de síndicos al tiempo de interposición de la demanda, dato éste, que no ha sido atacado casacionalmente, con lo cual, entra en juego el art. 1181 del texto procesal, que confiere al depositario-administrador la representación del concurso hasta que aquéllos tomen posesión de su cargo, cuya aplicabilidad a las quiebras es consecuencia del reenvío establecido en el art. 1319. Pues bien, dado que los poderes del Procurador actuante en nombre y representación de la sociedad en quiebra, fueron otorgados por el comisario y el depositario nombrados judicialmente en auto de 29 de marzo de 1985, ello no puede menos de significar que la susodicha sociedad había sido facultada para el ejercicio de la acción reclamatoria, circunstancia que explícitamente se expresa en la propia escritura de poder, y de aquí que, reiterando la fundamentación del primer considerando de la sentencia recurrida, proceda reputar como correcta y acertada la desestimación que se hiciera de la aludida excepción, lo que determina, por ende, la inexistencia de infracción respecto a los artículos 2¹¹¹, 3¹¹², 533.2¹¹³, 1319 y 1181 de la Ley de Ritos y 878 del Código Mercantil. Tampoco cabe apreciar vulneración del art. 1182 de la precitada Ley, por tratarse, en cierto modo, de un supuesto distinto al estricto de la capacidad procesal, pero es que, además, el requisito de la “venia judicial” aparece concedido, por así decirlo, en el Fallo de la sentencia recurrida, al disponer que el pago de la suma objeto de condena se hará al depositario-administrador de la quiebra de la sociedad actora. Finalmente, no es dable estimar que el Tribunal «a quo» interpretara con error el rituario art. 693¹¹⁴, toda vez que con sujeción a su regla 3.ª, factible era decir, como se expresó en el considerando antes mencionado, que “las partes y el propio Juzgado debieron instar la subsanación de las posibles faltas”; así pues, cuanto ha quedado expuesto origina el perecimiento del motivo analizado».

Aunque pueda obedecer a falta de coordinación, si se reclamase el pago a deudores por comisario y depositario o por comisario y síndicos, el deudor no debe hacer efectiva su deuda al comisario, pues son facultades de cobro específicas del depositario y sindicatura. No obs-

Fijación de los hechos controvertidos y posible sentencia inmediata». «Art. 429. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio».

tante, si surgiesen otras cuestiones, el deudor cumple ingresando el importe adeudado en cuenta corriente judicial (BANESTO).

El art. 1239 de la LEC faculta para la enajenación en pública subasta de los créditos, derechos y acciones, cuando por ser litigiosos, de difícil realización o de vencimiento a largo plazo, o por tener que demandarlos en la vía judicial, hubiera de dilatarse indefinidamente la terminación del concurso para realizarlos. En estos casos, a propuesta de los síndicos, el juez acordará el medio que estime más adecuado para fijar la cantidad que, como precio de la venta, haya de servir de tipo en la subasta. Manresa¹¹⁵, al respecto, indica que como la ley anterior no preveía el caso del art. 1239, cuando existían créditos, a largo plazo o de difícil realización, había que dilatar el concurso hasta hacerlos efectivos, y lo mismo cuando había que acudir a vía judicial para reclamarlos, o para ejercitar otros derechos u acciones, consumiéndose en costas lo que debía repartirse a los acreedores. A fin de evitar estos inconvenientes, el citado artículo autoriza la enajenación en pública subasta de los créditos, derechos y acciones que se hallen en dicho caso, dejando al prudente criterio del juez la facultad de acordar, a propuesta de los síndicos, previo informe del comisario, el medio para fijar la cantidad que haya de servir de tipo para la subasta. Para evitar gastos de subastas inútiles, lo más conveniente es la gestión extrajudicial, por parte de los síndicos de la enajenación del crédito, derecho o acción. Una vez concertada, el comisario propondrá al juzgado la enajenación y las razones que tenga para aceptar el precio estipulado. Si el juez lo estima justo, lo fijará como tipo para la subasta. El temor de fraudes se aleja con la subasta en la que podrá mejorarse la postura. Celebrada la subasta y aprobado el remate, conforme previene el art. 1240 de la LEC, los síndicos otorgarán la correspondiente escritura a favor del demandante, luego que éste consigne el precio de venta en cuenta corriente judicial (BANESTO).

g) Efectos de comercio

Para la venta de los efectos de comercio o efectos mercantiles, es decir, existencias de materias primas, productos en curso o terminados, pertenecientes a la quiebra, intervendrá necesariamente un corredor de comercio¹¹⁶, según establece el art. 1085 del primer C. de C., previa

¹¹⁵ MANRESA Y NAVARRO, José M.^a, *op. cit.*, tomo V, págs. 149-150.

¹¹⁶ Integrados en el Cuerpo Unico de Notarios, en virtud de la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

propuesta de los síndicos al comisario, que éste presentará al juzgado con su informe, reservándose el juez la fijación de los precios, y con las formalidades exigidas en los arts. 1084 a 1086 del citado C. de C., por remisión del art. 1358 de la LEC. Si la venta no pudiera hacerse al precio de coste o superior, este último artículo obliga a verificar la venta en subasta pública.

Presenta cierta curiosidad la STS de 30.06.1980, sobre venta de ganado perteneciente a la masa de la quiebra, según los siguientes Considerandos:

«1.º Que son hechos declarados probados en la instancia que don Laureano P.C. nombrado depositario de la quiebra de don Félix C.G. después de agotadas las 62.400 ptas. que había entregado a don Antonio V.V. que había sido autorizado como mayoral para seguir en la administración y cuidado de la ganadería brava del quebrado, previas apremiantes llamadas de este último, presentó al juzgado que conocía del juicio universal de quiebra, escrito en el que hacía saber se habían agotado tales fondos y ante la premura de la conservación y alimentación del ganado y pago de los arrendamientos de las tierras solicitaba la venta de dicha ganadería, petición de venta que fue informada favorablemente por el comisario y autorizada posteriormente por el juzgado en subasta judicial; que desde la autorización judicial hasta la venta de cinco reses efectuada por el señor V. al demandado señor P. transcurrieron casi seis meses; que el señor V. recibió antes de efectuar dicho contrato de venta telegrama que aparecía firmado por el depositario y cuyo texto consta en el contrato de venta otorgado; que en el avalúo de la ganadería aparecen como baja por venta las cabezas vendidas por el señor V., que el precio de dicha venta fue prácticamente el mismo que aquél en que había sido valoradas las reses por el perito y que posteriormente a la cesación del estado de quiebra del actor fue judicialmente aprobada la actuación de depositario, comisario y síndicos.

2.º Que a la vista de tales hechos han de decaer los dos motivos articulados por el cauce del núm. 1.º del art. 1692¹¹⁷ en que respectivamente se denuncia la violación del art. 6.º núm. 3 del CC en relación con el 1055 del C. de C. de 1829 y 1354 de la LEC a más de la doctrina legal citada y doctrina legal que en el segundo motivo se cita y ello porque en primer lugar cumplidas las formalidades establecidas por la Ley para la venta de la ganadería y limitado el contrato de venta celebrado, necesario de todo punto para la conservación de los semovientes al carecer el depositario de la autorización de la venta parcial por el comisario al haber remitido el telegrama autorizando al señor V. a la venta pudo incurrir en un defecto, pero nunca en una transgresión

¹¹⁷ Art. 477 de la nueva LEC.

legal y por ello desconociendo la misma el vendedor, el contrato en forma alguna puede declararse nulo de pleno derecho, sin perjuicio de las responsabilidades que dentro del juicio universal pudieran serle exigidas.

3.º Que al no ser nulo con nulidad absoluta el contrato celebrado es evidente que al ser aprobada la gestión del depositario judicialmente, habiendo constado la venta en el avalúo, tal venta fue ratificada por el Juzgador y por ello es evidente el acierto del Juzgador al desestimar totalmente la demanda».

El camino a seguir para la venta de los efectos de comercio, según Ramírez¹¹⁸, será el siguiente: a) los síndicos propondrán al comisario la venta que convenga hacer de ellos; b) para la regulación de los precios de venta, atenderá el comisario a su coste, procurando los aumentos que permita el precio de mercado; c) el juez, a la vista de la propuesta de los síndicos y el informe del comisario, determinará lo conveniente, fijando el *mínimum* de los precios a que podrá verificarse su venta; d) en la venta intervendrá un corredor de comercio¹¹⁹; y, e) si hubiera de hacerse alguna rebaja sobre el precio de coste, la venta habrá de hacerse en pública subasta.

Puede estimarse tácitamente derogada la obligatoria intervención del corredor de comercio, habida cuenta de lo previsto en los arts. 106 al 111 del vigente Código mercantil, que sustituye lo dispuesto en los arts. 63 a 115 del primer C. de C., y dadas sus actuales competencias como fedatario público, según Reglamento aprobado por Decreto 853/1959, de 27 de mayo, que ha sido objeto de numerosas modificaciones, la última por RD 1251/1997, de 24 de octubre, aunque haya perdido actualidad tras las incorporación de los corredores de comercio a la profesión notarial, según DA vigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, desarrollada por Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre, sobre medidas urgentes para la efectividad de la integración en un solo Cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados, que a su vez ha sido objeto de la Instrucción de 29.09.2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la práctica uniforme para la efectividad de la integración en un solo Cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados. Vázquez García¹²⁰ nos introduce en la

¹¹⁸ RAMÍREZ, José Antonio, *La quiebra*. Barcelona, Bosch, 1959, tomo II, págs. 747-748.

¹¹⁹ Integrados en el Cuerpo Unico de Notarios, en virtud de la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

¹²⁰ VÁZQUEZ GARCÍA, Ramón José, «El Corredor de Comercio Colegiado». *Revista General de Derecho*, núm. 501, junio 1986, págs. 3049-3057.

historia de los Corredores de Comercio Colegiados hasta el Reglamento aprobado por Decreto del 27 de mayo de 1959, hoy también historia, tras la citada Ley 55/1999, de 29 de diciembre, e Instrucción de 29.09.2000.

h) Nombramiento de peritos tasadores

La venta de bienes muebles (que no sean efectos de comercio) e inmuebles debe hacerse en pública subasta, según dispone el artículo 1088 del primer C. de C., y el art. 1087 del citado Código estipula que se nombrarán peritos, por parte de los síndicos y por la del quebrado, o por el comisario en defecto de hacerlo éste. Caso de discordia entre los peritos se hará por el juez el nombramiento de tercer perito, que actuará como dirimente, y cuyo avalúo servirá de tipo de licitación.

En cuanto a la forma de celebración de las subastas, de esta clase bienes, es de aplicación lo previsto en los artículos 636 a 675 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien no se convocará la tercera subasta, prevista en el art. 1238 de la mentada Ley, para dar lugar a la convocatoria previa de la Junta de acreedores, si en la segunda no hubiere postor, como he comentado anteriormente.

Para valorar los bienes, se designará el perito tasador que corresponda de entre los que presten servicio en la Administración de Justicia. En defecto de éstos, podrá encomendarse la tasación a organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones Públicas que dispongan de personal cualificado y hayan asumido el compromiso de colaborar, a estos efectos, con la Administración de Justicia y, si tampoco pudiera recurrirse a estos organismos o servicios, se nombrará perito tasador de entre las personas físicas o jurídicas que figuren en una relación, que se formará con las listas que suministren las entidades públicas competentes para conferir habilitaciones para la valoración de bienes, así como los Colegios profesionales cuyos miembros estén legalmente capacitados para dicha valoración. El perito designado por el tribunal podrá ser recusado por el ejecutante y el ejecutado que hubiere comparecido (art. 638 nueva LEC).

El nombramiento se notificará al perito designado, quien en el siguiente día lo aceptará, si no concurre causa de abstención que se lo impida. El perito entregará la valoración de los bienes embargados al tribunal en el plazo de ocho días a contar desde la aceptación del encargo. Sólo por causas justificadas, que el tribunal señalará mediante providencia, podrá ampliarse este plazo en función de la cuantía o complejidad de la valoración. La tasación de bienes o derechos se hará por su valor de mercado, sin tener en cuenta, en caso de bienes inmuebles, las cargas y gravámenes que pesen sobre ellos, respecto de las cuales se

estará a lo dispuesto en el artículo 666 de la nueva LEC. Hasta transcurridos cinco días desde que el perito designado por el tribunal haya entregado la valoración de los bienes, las partes y los acreedores a que se refiere el artículo 658 podrán presentar alegaciones a dicha valoración, así como informes, suscritos por perito tasador, en los que se exprese la valoración económica del bien o bienes objeto del avalúo. En tal caso, el tribunal, a la vista de las alegaciones formuladas y apreciando todos los informes según las reglas de la sana crítica, determinará mediante providencia, sin ulterior recurso, la valoración definitiva a efectos de la ejecución (art. 639 nueva LEC).

El art. 1239 de la anterior LEC faculta a los síndicos del **concurso de acreedores**, de aplicación supletoria en la **quiebra**, para la enajenación en pública subasta de los créditos, derechos y acciones cuando por ser litigiosos, de difícil realización o de vencimiento a largo plazo, o por tener que demandarlos en la vía judicial, hubiera de dilatarse indefinidamente la terminación del concurso de acreedores o de la quiebra para realizarlos. En estos casos, a propuesta de los síndicos, el juez acordará el medio que estime más adecuado para fijar la cantidad que, como precio de la venta, haya de servir de tipo en la subasta.

10.4. *Prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa*

El art. 151 dispone:

«1. Los administradores concursales no podrán adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aun en subasta, los bienes y derechos que integren la masa activa del concurso. 2. Los que infringieren la prohibición de adquirir quedarán inhabilitados para el ejercicio de su cargo, reintegrarán a la masa, sin contraprestación alguna, el bien o derecho que hubieren adquirido y el acreedor administrador concursal perderá el crédito de que fuera titular. 3. Del contenido del auto por el que se acuerde la inhabilitación a que se refiere el apartado anterior se dará conocimiento al registro público previsto en el artículo 198».

Esta prohibición se declara en el art. 1459.2.º del Código Civil:

«No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia: ... 2.º Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados».

No se indican las personas legitimadas para el inicio de la acción, aunque supongo que deberá hacerlo el juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado en el concurso (otro administrador concursal, el deudor o cualquier acreedor ¿y los trabajadores?).

Las sanciones previstas son de distinto orden. En primer lugar, los administradores concursales, que infrinjan la prohibición de adquirir bienes o derechos de la masa activa, serán inhabilitados para el ejercicio de su cargo, es decir, serán separados y no podrán ser nombrados durante el período que señale el juez en la sentencia, que imagino resolverá el incidente ¿o el juicio declarativo?, aunque nada se indica sobre el procedimiento, por lo que considero de aplicación analógica lo dispuesto en el art. 181.4 *in fine*. En segundo lugar, perderán el precio pagado por la adquisición. En tercer lugar, el administrador concursal acreedor perderá el crédito de que fuese titular y, aunque afectará de lleno al acreedor persona natural que participe en la administración concursal, se plantean las siguientes dudas:

- a) Si hubiese sido designado un profesional por el acreedor persona natural (art. 27.1.3.º).
- b) Si hubiese sido nombrado personal técnico de la CNMV, etc. (art. 21.2.1.º).
- c) Si hubiese sido nombrado el Fondo de Garantía de Depósitos correspondiente, etc. (art. 27.2.2.º).
- d) Si hubiese sido designado una Administración pública, que no podrá reintegrar retribución alguna, pues carece de ella (art. 27.4).

En todo caso, los cesados rendirán cuentas ex art. 181 y el juez procederá a nuevo nombramiento (art. 38).

10.4.1. DERECHO CONCURSAL MERCANTIL DEROGADO

El art. 1089 del viejo C. de C. prohíbe a los síndicos comprar para sí ni para otra persona bienes de la **quiebra**, con los efectos de su confiscación, si lo hicieren, y quedando el precio en beneficio de la quiebra. Están legitimados para el ejercicio de estas acciones de responsabilidad contra los síndicos cualquier acreedor y el quebrado, según determina el art. 1359 de la anterior LEC, así como el comisario (art. 1045 del primer C. de C.). La STS de 28.05.1979 declara la nulidad de la adquisición de una finca integrada en la masa de la quiebra, por un síndico, a través de un procedimiento judicial sumario del art. 131¹²¹ de la Ley

¹²¹ Reformado por la Disposición final novena de la nueva LEC. Artículo 129 de la LH. *«La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujeta su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la*

Hipotecaria, en el que como rematante la adquirió con la cualidad de ceder a tercero, haciéndolo de una mitad indivisa a favor del comisario de la quiebra, y cuya cesión también declara nula. La sentencia de la AT de Barcelona, de 10.02.1978, insiste en que está vedada al síndico la adquisición de bienes de la quiebra y también al comisario. La sentencia de la AT de Oviedo de 3.10.1985 interpreta el citado art. 1359 de la LEC, matizando sus efectos temporales durante el ejercicio del cargo de síndico.

10.5. Informes sobre la liquidación

La exposición de motivos destaca:

«La ley quiere evitar la excesiva prolongación de las operaciones liquidatorias, a cuyo fin impone a la administración concursal la obligación de informar trimestralmente del estado de aquéllas y le señala el plazo de un año para finalizarlas, con las sanciones, si lo incumpliera, de separación de los administradores y pérdida del derecho a retribución».

Artículo 152. *«Cada tres meses, a contar de la apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe sobre el estado de las operaciones, que quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado. El incumplimiento de esta obligación podrá determinar la aplicación de las sanciones previstas en los artículos 36 y 37 de esta Ley».*

El informe sobre el estado de las operaciones de liquidación, cada tres meses desde su apertura, detallará las gestiones sobre realización de la masa activa y los ingresos devengados, así como los obtenidos, y de igual modo, dará cuenta de los gastos devengados y de los pagos satisfechos. Considero que resulta más coherente como *dies a quo*, para inicio del cómputo trimestral, la fecha del auto aprobatorio del plan de liquidación, así como que el estado de las operaciones de liquidación se explica y justifica mejor con la presentación por la administración concursal de estados financieros intermedios, según la Regla 12.^a de la Cuarta Parte del Plan General de Contabilidad, máxime cuando sea obligatoria la formulación de cuentas anuales, caso de deudor empresario mercantil (art. 46), aunque soy partidario de hacerlo así en todo caso, cualquiera que fuese la ocupación del sujeto activo del concurso, y tanto si uno de los administradores concursales fuese contable como cuando fuese abogado, quien encomendará su preparación a un auxiliar delegado que fuera auditor de cuentas, economista o titulado mercantil,

obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario».

en el caso de que no se encuentre capacitado para llevar las cuentas (contabilidad) de la liquidación y rendirlas periódicamente.

La finalidad de la puesta de manifiesto de este informe en la Secretaría del Juzgado puede ser que los interesados en el concurso (el deudor y cualquier acreedor ¿los trabajadores?) formulen las observaciones o aportaciones que estimen convenientes o denuncien cualquier irregularidad que aprecien, así como que el Juez controle la marcha de la liquidación.

Caso de incumplimiento de este deber informativo, se establecen medidas sancionadoras derivadas de las acciones de responsabilidad, previstas en el art. 36 (indemnización de daños y perjuicios), y la separación del cargo, contemplada en el art. 37, que conlleva la prohibición de ser nombrado administrador concursal, durante los dos años siguientes (art. 28.2). Si el juez acordase la separación de la administración concursal, procederá que rinda cuentas y se efectuará nuevo nombramiento (art. 38).

Guarda silencio sobre la legitimación activa para el ejercicio de esta acción de responsabilidad contra la administración concursal, pero considero que cualquier interesado podrá denunciar al juzgado este incumplimiento, es decir, el deudor y cualquier acreedor «en la masa o contra la masa» ¿los trabajadores?, además de la actuación de oficio por el Juez.

10.5.1. DERECHO CONCURSAL DEROGADO

En la **quiebra**, Rives y Martí¹²² y Garrigues¹²³ explican que, en virtud del artículo 1095 del primer C. de C., los síndicos presentarán mensualmente un estado de la administración de la quiebra al comisario, y éste lo presentará al juzgado con su informe. Todo acreedor podrá tener a sus expensas copia de estos estados, si así lo solicita, y exponer lo que estime procedente a los intereses de la masa. Estas reclamaciones se dirigirán al juzgado en forma de exposiciones, dándose traslado al comisario para que informe, con lo que el juez dictará las providencias que estime necesarias en interés de la masa. En parecidos términos se pronuncia el art. 1362 de la anterior LEC, matizando el art. 1232 de la LEC, para el **concurso de acreedores**, que con los estados o cuentas de ad-

¹²² RIVES Y MARTÍ, Francisco de P., *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras, con sus preliminares quita y espera y suspensión de pagos*. 3.ª ed. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1954, tomo II, pág. 478.

¹²³ GARRIGUES, Joaquín, *Dictámenes de Derecho Mercantil*, Madrid, Aguirre (imp.), 1976, tomo II, pág. 97.

ministración se formará un ramo separado de la pieza primera (segunda de la quiebra), a disposición de los acreedores y del deudor, que quieran examinarla. Si se acepta que tanto el depositario como la sindicatura deben llevar una ordenada contabilidad, arreglada a las disposiciones del C. de C. (arts. 25 a 39), PGC y Leyes especiales, los estados mensuales de administración de la quiebra serán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria, con los datos del período autorizado por el juzgado (mensual, trimestral, semestral, etc.), es decir, los síndicos presentarán los estados financieros intermedios, previstos en la Norma 12.^a de la Cuarta parte del PGC.

10.6. *Separación de los administradores concursales*

La exposición de motivos indica:

«La ley quiere evitar la excesiva prolongación de las operaciones liquidatorias, a cuyo fin impone a la administración concursal la obligación de informar trimestralmente del estado de aquéllas y le señala el plazo de un año para finalizarlas, con las sanciones, si lo incumpliera, de separación de los administradores y pérdida del derecho a retribución».

Dispone el art. 153:

«1. Transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos.

2. El juez, previa audiencia de los administradores concursales, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y procederá al nombramiento de quienes hayan de sustituirlos.

3. Los administradores concursales separados por prolongación indebida de la liquidación perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación.

4. Del contenido del auto por el que se acuerde la separación a que se refieren los apartados anteriores, se dará conocimiento al registro público mencionado en el artículo 198».

Entre los interesados, para solicitar la separación de los administradores concursales, cabe citar el concursado, los acreedores concursales y los que ostenten créditos contra la masa ¿y los trabajadores? Se señala como *dies a quo*, para el cómputo del plazo anual, la apertura de la fase de liquidación, cuando lo coherente es que se hubiese computado la fecha de comunicación a la administración concursal del auto de

aprobación del plan de liquidación o de aplicación de las reglas legales supletorias. Recuerdo que parte de este plazo anual puede haberse consumido en las gestiones laborales previstas en el art. 148.4.

La sanción de su separación del cargo, por el transcurso de un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado, salvo que exista causa justificada de la dilación, conlleva la prohibición de ser nombrado administrador concursal, durante los dos años siguientes (art. 28.2), así como la pérdida de su derecho a las retribuciones devengadas y el deber de reintegro de las percibidas desde la apertura de la liquidación. La exoneración de sanciones cuando *exista causa justificada de la dilación* parece prevenir la posibilidad de que la administración concursal solicite la prórroga del plazo de un año establecido para finalizar la liquidación.

Convendría que se hubiese aclarado, por tanto, la cuantía de su retribución que deben reintegrar los administradores concursales, pues depende de los plazos establecidos por el Juez para su cobro (art. 34.3). Considero que sólo perderán el derecho sobre las retribuciones devengadas desde la apertura de la liquidación y que sólo deberán devolver lo cobrado durante las tareas de liquidación. Al parecer, se refiere a las retribuciones devengadas y percibidas durante la fase de liquidación, exclusivamente, que se relacionan con los plazos acordados por el Juez para el pago de la retribución fijada. Sigue pendiente la publicación del arancel (disposición final trigésimo cuarta), que quizá aclare este precepto.

Nada se dice sobre obligada rendición de cuentas de los administradores concursales cesados, que estimo implícita en lo dispuesto por el art. 38.4.

Sobre la publicidad, creo que falta la correspondiente al nombramiento de los nuevos administradores concursales, por lo que habrá de observarse lo establecido en el art. 38.3 y su anotación en el Registro público *ex art.* 198.

11. Pago a los acreedores

La exposición de motivos señala:

«Las operaciones de pago a los acreedores se regulan dentro de la fase de liquidación. Los créditos contra la masa operan con el carácter de prededucibles, en el sentido de que, antes de proceder al pago de los concursales, han de deducirse de la masa activa los bienes y derechos, no afectos a créditos singularmente privilegiados, que sean necesarios para satisfacer aquéllos a sus respectivos vencimientos. Como ya ha

quedado expuesto al tratar de los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos con garantía real, la ley regula el pago de los créditos con privilegio especial de forma muy flexible, para evitar, en interés de la masa, la realización de los bienes o derechos afectos, autorizarla con subsistencia del gravamen o mediante venta directa. La regulación legal establece el orden de los pagos con privilegio general, de los ordinarios y de los subordinados, y contempla los supuestos especiales de pagos anticipados, de deudas solidarias y de los realizados en fase de cumplimiento de convenio anterior a la de liquidación».

11.1. Pago de créditos contra la masa

Artículo 154.

«1. Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta.

2. Los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. Los créditos del artículo 84.2.1.º se pagarán de forma inmediata. Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercerán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos.

3. Las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. En caso de resultar insuficientes, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos».

Los créditos de la masa o contra la masa¹²⁴, denominados prededucibles, se satisfarán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (concordante con el art. 90), y las acciones relativas a la existencia, calificación o pago de créditos se ejercerán ante el juez del concurso, por los trámites del incidente concursal.

Por fortuna, se establece la prelación en el pago de tales créditos contra la masa, de distinta naturaleza, evidentemente, sobre todo en casos de continuidad de actividades, pues concurrirán los créditos de los

¹²⁴ Terminología gráfica, pero técnicamente incorrecta, según el profesor Blasco Gascó, Francisco de P. «Prelación y pago a los acreedores concursales», Editorial Aranzadi, S. A., Navarra, 2004, pág. 73.

administradores concursales, con los de los trabajadores, las instituciones, los proveedores, etc., y se da fin, por tanto, a pretensiones de algunos acreedores institucionales sobre aplicación del sistema de prorrata. En el nuevo concurso los créditos contra la masa habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, excepto los créditos del art. 84.2.1.º (salarios por los últimos treinta días anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional¹²⁵), que se pagará de forma inmediata. Sin embargo, al tratar sobre los pagos, no he encontrado mención alguna que solucionase el problema de la ausencia de masa activa, salvo que es causa de conclusión del concurso (art. 176.1.4.º), y es de temer, en tal caso, que los créditos contra la masa se queden sin pagar, entre ellos, los de los administradores concursales, aunque conviene recordar que se regula el supuesto de masa activa insuficiente, para liquidar íntegramente estos créditos postconcursoales, y vuelve a acudir a la misma fórmula, es decir, que lo disponible se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus respectivos vencimientos. Nada de prorrata, por tanto, salvo para los créditos con el mismo vencimiento, cuando no llegue para la íntegra satisfacción de todos ellos. Estas situaciones de insuficiente masa activa son frecuentes en la práctica y, lamentablemente, seguirán produciéndose en el nuevo concurso, cuando podía haberse aliviado, aunque sólo fuese parcialmente, de haberse exigido caución al instante del concurso voluntario o necesario.

No debo omitir que la Disposición final trigésima tercera previene que el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, sin influencia decisiva en el proceso concursal, a primera vista.

11.2. *Pago de créditos concursales*

Se atiende a la clasificación de créditos (arts. 89 a 92), además de regular el tratamiento del acreedor garantizado o con derechos de crédito en varios concursos de deudores solidarios, así como la coordinación en el pago de acreedores que fueron atendidos parcialmente en fase de convenio frustrado.

¹²⁵ Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, que establece el IPREM diario, 15,35 euros, el IPREM mensual, 460,50 euros, el IPREM anual, 5.526 euros y la cuantía anual del IPREM será de 6.447 euros cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 5.526 euros.

11.2.1. PAGO DE CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL

Artículo 155.

«1. El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva».

Según la mejor doctrina, se trata de créditos singularmente privilegiados.

«2. No obstante..., en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 [un año desde la declaración de concurso] o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo [igual plazo de un año], la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial».

Disposición de buena voluntad, que presume la existencia de tesorería para el pago de lo adeudado a la fecha de ejercicio de esta opción y de previsiones financieras favorables para el pago de posteriores vencimientos.

«3. Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial [lo que puede suceder cuando de promotor inmobiliario se tratase, entre otros casos], el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados [deudor y acreedores], podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos [es decir, con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente, que lo haría más fácil], el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos [de quedar remanente, se destinará al pago de los acreedores, siguiendo el orden general establecido, es decir, créditos contra la masa, con privilegio general, ordinarios y subordinados]. Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su

oponibilidad a terceros [en general, prior tempore potior iure]. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta [a la hipoteca legal tácita se refiere el art. 78 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria]».

«4. La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta [por el Juez del concurso], salvo que, a solicitud de la administración concursal, oídos el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado [el precio pactado será el que conste en el documento causa del privilegio especial]. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto [arts. 645, 646 y concordantes de la LEC] y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar [se respetarán, por tanto, los principios inspiradores de la subasta pública]».

11.2.2. PAGO DE CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL

Artículo 156.

«Deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general, por el orden establecido en el artículo 91 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número».

Consecuentemente, se atenderán los créditos con privilegio general una vez satisfechos los créditos con privilegio especial y los créditos contra la masa.

11.2.3. PAGO DE CRÉDITOS ORDINARIOS

Artículo 157.

«1. El pago de los créditos ordinarios se efectuará con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados. El juez, a solicitud de la administración concursal, en casos excepcionales podrá motivadamente autorizar la realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados.

2. Los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que éstos no hubieren sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos.

3. La administración concursal atenderá al pago de estos créditos en función de la liquidez de la masa activa y podrá disponer de entregas de cuotas cuyo importe no sea inferior al cinco por ciento del nominal de cada crédito».

Por tanto, el pago de los créditos ordinarios sólo podrá iniciarse una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados, salvo casos excepcionales, que no recomiendo (responsabilidad exclusiva de la administración concursal), y serán satisfechos a prorrata, cuando no alcance para su íntegra liquidación, computando, en este reparto, los créditos con privilegio especial no satisfechos con el producto de la garantía.

11.2.4. PAGO DE CRÉDITOS SUBORDINADOS

Artículo 158.

«1. El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios. 2. El pago de estos créditos se realizará por el orden establecido en el artículo 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número».

Es decir, sólo si han sido cancelados los créditos ordinarios y los créditos con privilegio especial, no satisfechos con el producto de la garantía, podrá iniciarse el pago de los créditos subordinados, respetando como preferencia entre sí la clasificación dada en los seis ordinales del citado art. 92.

11.2.5. PAGO ANTICIPADO

Artículo 159.

«Si el pago de un crédito se realizare antes del vencimiento que tuviere a la fecha de apertura de la liquidación, se hará con el descuento correspondiente, calculado al tipo de interés legal».

Consecuencia de lo dispuesto en el art. 146, sobre vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados tras la apertura de la liquidación, y se excluye a los créditos contra la masa, que serán satisfechos a su vencimiento (art. 154.2).

Una primera cuestión se suscita en relación con la cuantía del crédito que debe insinuarse en el concurso. La respuesta parece indubitada, pues ha de insinuarse el crédito a término por su valor nominal, así como la fecha de vencimiento (art. 85.3). La segunda se refiere a los

métodos para calcular el descuento correspondiente, siendo pacífico que se operará con el tipo de interés legal, por analogía con lo estipulado en el art. 1915¹²⁶ del CC. El profesor Tomillo¹²⁷ estudia los sistemas que formula la doctrina, a saber: a) método Karpzow o el descuento comercial, similar al utilizado en la negociación de efectos (letras y pagarés), en el que se parte del nominal y se computa como tiempo el que medie entre el vencimiento contractual y la fecha del pago adelantado; b) método Hoffmann o de descuento racional a interés simple, que proclama la equivalencia entre el valor actual del crédito, en la fecha de pago, al que tomado el interés legal devengado hasta el vencimiento convencional, nos proporciona el valor nominal; c) método Leibnitz o de descuento racional a interés compuesto, que busca el valor efectivo actual (en la fecha de pago) y su equiparación financiera con el valor nominal a término, utilizando el tipo de interés legal en fórmula de interés compuesto.

11.2.6. DERECHO DEL ACREEDOR A LA CUOTA DEL DEUDOR SOLIDARIO

Artículo 160.

«El acreedor que, antes de la declaración de concurso, hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquéllos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran, el importe total de éste».

Es decir, se antepone el derecho del acreedor al cobro de lo que le reste por percibir, frente al crédito del fiador, avalista o deudor solidario, nacido de la subrogación. Al parecer, respecto de tales codeudores solidarios, no se produce el vencimiento anticipado, es decir, contra ellos sólo podrá dirigirse el acreedor afianzado cuando la obligación principal haya vencido.

11.2.7. PAGO DE CRÉDITO RECONOCIDO EN DOS O MÁS CONCURSOS DE DEUDORES SOLIDARIOS

Artículo 161.

«1. En el caso de que el crédito hubiera sido reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios, la suma de lo percibido en todos

¹²⁶ Derogado por disposición derogatoria única de la Ley 22/2003.

¹²⁷ TOMILLO URBINA, Jorge Luis, *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*. Madrid, Civitas, 1996, págs. 131-140.

los concursos no podrá exceder del importe del crédito. 2. La administración concursal podrá retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los concursos de los demás deudores solidarios. Una vez efectuado el pago, lo pondrá en conocimiento de los administradores de los demás concursos. 3. El deudor solidario concursado que haya efectuado pago parcial al acreedor no podrá obtener el pago en los concursos de los codeudores mientras el acreedor no haya sido íntegramente satisfecho».

El profesor Soto Vázquez¹²⁸ explica detalladamente los efectos de la quiebra, en relación con los deudores solidarios:

«1) Quiebra de uno solo de los deudores solidarios: El acreedor o acreedores solidarios conservarán sus derechos para dirigirse contra los coobligados no insolventes al vencimiento normal de la respectiva obligación. Sólo en el caso de que se le hubiese condonado, total o parcialmente, su deuda al insolvente, la reclamación contra el resto de los codeudores solidarios no puede incluir la porción condonada. Esto supone, en virtud del artículo 1145 del CC, que los deudores in bonis pueden insinuarse, cuando el acreedor común haya quedado totalmente satisfecho en la quiebra del insolvente por el importe que pagaron, y que a este último correspondía satisfacer (art. 1213 CC).

2) Quiebra de varios de los obligados solidarios: Presenta una única especialidad con respecto a lo expuesto con anterioridad, a saber, que el acreedor podrá insinuarse en cada uno de los procedimientos por la totalidad de su crédito, por lo que únicamente podrá reclamar al resto de los codeudores in bonis el importe de lo no percibido, si es que algo hubiese cobrado de los deudores declarados en quiebra. Lógicamente, no resulta admisible que la suma de lo obtenido en todos los procedimientos rebase el importe del crédito.

3) Quiebra de todos los obligados solidarios: Rigen las mismas normas que en el caso anterior, salvo que no hay deudores in bonis, por lo que todos los deudores solidarios reciben idéntico tratamiento, pudiendo el acreedor insinuarse en todos los procedimientos de quiebra por la totalidad de su crédito.

4) Caso especial de que uno de los coobligados hubiese efectuado un pago parcial, no nulo por virtud de las acciones de retroacción o rescisión, antes de declararse la quiebra: El acreedor no podrá insinuarse en ninguno de los procedimientos de quiebra sino por el importe de lo que le resta percibir».

Según Garrigues, el deudor que haya pagado podrá insinuarse como acreedor por la suma abonada en la quiebra del codeudor (art. 1145 CC),

¹²⁸ SOTO VÁZQUEZ, Rodolfo, *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente. Quiebras y concurso de acreedores*, 2.ª ed., Granada, Comares, 1998, págs. 298-308.

sin aguardar a que el acreedor común esté íntegramente satisfecho, ya que no obra por subrogación en los derechos del acreedor, sino en su propio derecho, no siéndole, por tanto, aplicable el artículo 1213 CC. En cambio, Ramírez sostiene la aplicación en todo caso de dicho artículo y que, por tanto, mientras el acreedor común no haya visto totalmente satisfecho su crédito, el deudor solidario que hubiese efectuado el pago no podrá insinuarse en la masa pasiva del proceso de insolvencia. Soto Vázquez se inclina abiertamente por esta segunda opinión.

11.2.8. COORDINACIÓN CON PAGOS ANTERIORES EN FASE DE CONVENIO

Artículo 162.

«1. Si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores».

Quiere decir que se legitiman los pagos realizados en cumplimiento de convenio frustrado, con las salvedades indicadas.

«2. Quienes hubieran recibido pagos parciales cuya presunción de legitimidad no resultara desvirtuada por sentencia firme de revocación, los retendrán en su poder, pero no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación hubiera recibido pagos en un porcentaje equivalente».

Pars conditio creditorum paradigmático, pues pone en pie de igualdad a los acreedores que cobraron del concursado parte de sus créditos, durante la vigencia del convenio, cumplido parcialmente, con quienes no fueron satisfechos en la misma proporción o porcentaje equivalente, dentro de igual clasificación crediticia.

11.3. Derecho concursal mercantil derogado

Con la liquidación de los bienes y derechos de la quiebra (masa activa) y el pago a los acreedores, hasta donde alcance, de acuerdo con lo establecido en el art. 911 y en la forma prevista en el art. 917, ambos del C. de C. de 1885, puede terminar el juicio de quiebra. Así se explica por el profesor Ramos¹²⁹.

¹²⁹ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Derecho procesal civil*. Barcelona, Bosch, 1980, pág. 1203.

La STS, de fecha 9.10.1991, declara que tras el levantamiento de la quiebra, por haberse consignado en el juzgado el importe íntegro y total de todos los créditos reconocidos en la quiebra, la sindicatura mantiene su legitimación para continuar los asuntos y pleitos pendientes, según Fundamentos de Derecho:

«Tercero. El problema que se plantea, ordenado el levantamiento de la quiebra por auto de 19 de julio de 1989, que alcanzó firmeza, es el de si, tal como sostiene la entidad bancaria, promovente del incidente, esta declaración que conlleva que la sociedad quebrada recupere su plena capacidad jurídica y la plena propiedad y disposición de todos sus bienes, acarrea por sí misma la desaparición de la causa o interés que justificaba la retroacción, y, por tanto, en concreto, el asunto objeto de recurso, lo que debería conducir, en su opinión, a la extinción de la acción y al archivo de las actuaciones, o, si, por el contrario, como mantienen los demandados, la «personalidad» de la sindicatura se prolonga más allá de aquella declaración, y, por tanto, subsiste hasta que sean liquidados los asuntos y pleitos pendientes. Cuarto. Así centrada la cuestión, debe hacerse observar que la resolución judicial que origina el debate no sólo no ordena la disolución o extinción de la sindicatura en cuestión, sino que encarga a la misma entre otras tareas, que proceda conforme a lo establecido en los artículos 1286 a 1294 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al pago de sus créditos a los acreedores reconocidos, lo que comporta la continuidad de sus funciones, todo ello, sin perjuicio, además, según manda el artículo 1364 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1134 del Código de Comercio de 1829, al tiempo de cesar éstos, una vez finalizado sus actividades, concluida la liquidación deban rendir su cuenta en los términos establecidos que sean aplicables. Entre las partidas de la cuenta general, deberán figurar, sin duda, las relativas a la gestión y resultado de las acciones ejercitadas, y, por tanto, las referentes al destino final de este pleito. Quinto. No cabe, por ello, admitir la tesis de la entidad promotora del incidente, por cuanto que una cosa es la imposibilidad legal en que se halla la subsistente sindicatura, al menos a efectos liquidatorios, de la referida quiebra de actuar emprendiendo unas acciones que éstas sí carecían de causa y de título habilitante y otra cosa, que no perpetúen su legitimación respecto de los procesos o proceso en curso para finiquitar las tareas pendientes de la administración que tienen conferida por ministerio de la Ley».

El art. 1294 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otros extremos, señala: «... cuando se hayan agotado todos los fondos [de la quiebra], se dará por terminado el juicio...», de lo que se deduce que la finalización normal del procedimiento de quiebra consiste en la liquidación de los activos del deudor en quiebra, con el consiguiente reparto de su importe entre los acreedores concurrentes.

11.3.1. PAGO DE DEUDAS

Trataré de concretar esta faceta del pago a los acreedores, finalidad última del procedimiento de quiebra, dando respuesta a las siguientes cuestiones:

a) ¿Cuándo?

El reparto para pago a los acreedores sólo puede hacerse después de la graduación de los créditos concurrentes (art. 1286 LEC), salvo si se impugnó la validez de la junta o toda la graduación (art. 1287 LEC). Si hubiese impugnaciones pendientes sobre reconocimiento o graduación, se consignarán sus importes hasta la conclusión del proceso (art. 1130 del primer C. de C. y 1288 LEC).

b) ¿Qué?

Será objeto de reparto el producto de la realización de los bienes de la quiebra, que han quedado en la masa delimitada por las operaciones de reducción y de reintegración, excepto los bienes afectos a hipoteca y a prenda, con o sin desplazamiento, de los que sólo dispondrá la masa activa del sobrante, en su caso (art. 918 del C. de C.). Del producto disponible se atenderá, prioritariamente, a las deudas de la masa, por su naturaleza prededucible.

c) ¿A quiénes?

Serán sujetos del reparto todos los acreedores concurrentes, reconocidos y graduados, con la salvedad hecha para los no reconocidos o pendientes de graduación, con impugnaciones en curso (art. 1288 LEC).

d) ¿Cómo?

El orden que debe seguirse para hacerse el reparto del producto de la liquidación de los activos viene regulado en los arts. 913 a 919 del C. de C. Los arts. 913 y 914 contienen las reglas sobre prelación de créditos, a las que se ajustará la graduación, según el art. 912. El art. 915 contempla el derecho singular de los acreedores hipotecarios legales a ser satisfechos previamente con el producto de los bienes muebles. El art. 916 establece la regla general del reparto (sin distinción de fechas y a prorrata dentro de cada clase), y las excepciones para los hipotecarios, los escriturarios y los intervenidos por corredor de comercio¹³⁰,

¹³⁰ Integrados en el Cuerpo Unico de Notarios, en virtud de la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

que cobrarán por el orden de inscripción en el Registro de la Propiedad o por el orden de fechas de sus respectivos títulos. El art. 917 regula la forma de distribución, de tal forma que no se pasará del pago de los acreedores de un grado, letra o número de los fijados en los arts. 913 y 914, al siguiente, sin que éstos queden totalmente saldados. El art. 918 trata de los acreedores con prenda constituida en documento público. El art. 919 se refiere a los acreedores hipotecarios, voluntarios o legales, cuyos créditos no quedasen cubiertos con la venta de los inmuebles en garantía.

Se aborda el pago a los acreedores por Nogués y Martorell¹³¹. Ponen de relieve que el pago debe realizarse después de la graduación de créditos, incluso cuando no se haya concluido la liquidación de la masa activa, siempre que con las disponibilidades se alcance a cubrir un 5% de los saldos acreedores. Se detienen en el tratamiento de los créditos litigiosos, es decir, aquellos cuyo reconocimiento o graduación penda del juzgado, por morosidad o por haberse reclamado contra los acuerdos de la junta, y recuerdan la obligada consignación de su importe, hasta que se resuelva definitivamente la impugnación (art. 1288 LEC) o la posibilidad de verificar el pago, previa fianza del acreedor (art. 1289 LEC), según los casos.

También el profesor Garrigues¹³² señala:

«En vista del acta de graduación se procederá al reparto de todos los fondos disponibles de la quiebra por el orden de clases y prelación que de aquella resulte. Hecho por su orden el pago de los créditos privilegiados y preferentes, los fondos que resten se distribuirán a prorrata entre los acreedores comunes por medio de dividendos, que se repetirán según se vayan realizando los bienes de la quiebra y se reúnan fondos bastantes para cubrir el 5% cuando menos de los créditos pendientes. Si llegado este caso los síndicos demorasen proponer al juzgado el pago de un dividendo, podrá solicitarlo cualquiera de los acreedores interesados. El pago de estos dividendos lo verificarán los síndicos, a cuya disposición se pondrán los fondos necesarios. Los síndicos, o el que de ello esté encargado, entregarán a cada acreedor o a su representante legítimo la cantidad que le haya correspondido en la distribución, anotándolo en los títulos del crédito, sin cuya presentación no se verificará el pago, y el interesado dará, además, por separado un recibo a favor de los síndicos (arts. 1202 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1130 del antiguo Código de Comercio)».

¹³¹ NOGUÉS, Emilio José María y MARTORELL y ROVIRA DE CASELLAS, Luis, *Quiebras y suspensiones de pagos. Comentarios al Libro IV del Código de Comercio*. Madrid, La Propaganda Universal, 1897, Segunda parte, págs. 591-594.

¹³² GARRIGUES, Joaquín, *Dictámenes de Derecho mercantil, op. cit.*, tomo II, pág. 102.

Rives y Martí¹³³ desarrolla esta materia y advierte, ante la ausencia de regulación expresa en la LEC para la quiebra, sobre la forma de llevarse a efecto el pago de créditos, por aplicación del art. 1319 de dicha Ley procesal, que debe recurrirse a los arts. 1286 a 1292 de esta Ley de Ritos, para el concurso.

El auto de la AP de Madrid, de 27.06.1992, incorpora criterios a tomar en consideración, a saber:

«... el pago de las deudas es precisamente la finalidad de las normas de la quiebra. Así resulta inadmisibile utilizar en el procedimiento de quiebra una forma de pago distinta, pues dicho procedimiento consiste sólo en una forma de pago... si analizamos lo que el juez a quo reputa pago nos encontramos con un supuesto que no encaja en el propio acervo normativo en que pretende subsumirlo (arts. 1156 y ss. del CC). Así hemos dicho que el procedimiento de quiebra, como procedimiento especial de pago, no admite (ad intra) otra forma de cumplimiento que le caracteriza. Con ello no excluimos la posible extinción de los créditos por el mecanismo ordinario. Pero ello exige dos matizaciones. La extinción de una obligación individual no afecta al procedimiento de la quiebra, pues éste no tiene como objeto obligaciones individuales sino una obligación colectiva, que precisamente se constituye en la fase declarativa del proceso, con la modificación mayor o menor de cada obligación individual. La segunda matización es que supondría un fraude de ley (art. 6.4 del CC) la utilización del procedimiento ordinario de pago de las obligaciones para extinguir unas obligaciones innovadas por el procedimiento especial de quiebra. Pero en el caso de autos tampoco podemos reputar que se haya producido pago ordinario universal alguno. El Juez no se limita a aprobar una consignación que cubra el importe de la obligación universal. La resolución impugnada configura como pago de la quiebra una amalgama jurídica integrada por una consignación del quebrado del importe de parte de los créditos pendientes de pago, un aval de un acreedor respecto a otros créditos, en discusión, y una espera y posposición que efectúa respecto a su crédito el referido acreedor. En modo alguno podemos entender que un aval personal o una posposición sean pagos de obligación alguna conforme al CC. Y tampoco la normativa de la quiebra admite tan peculiar sistema de pago. De hecho, si unificamos los tres elementos de la proposición que admite el Juez nos encontramos con una voluntad concurrente entre el quebrado y un acreedor, evidenciadora de un acuerdo particular inadmisibile en el procedimiento de quiebra, por contrario el art. 889 del C. de C. Se trata de un supuesto casi paradigmático de fraude de ley —decimos casi porque no tiene amparo, ni siquiera formal, en norma alguna—. Lo atípico de la proposición lo evidencia la

¹³³ RIVES Y MARTÍ, Francisco de P., *op. cit.*, tomo II, págs. 685-690.

propia parte dispositiva de la resolución, que al mismo tiempo que declara terminada la quiebra por pago del pasivo, ordena su continuidad hasta que se proceda al pago de los créditos pendientes».

Una forma singular de pago a los acreedores puede consistir en la dación de bienes en pago o para pago de deudas, particularmente cuando el acreedor ostenta derecho de abstención y de ejecución separada, consecuencia de la graduación de su crédito, como es el caso de los créditos laborales por salarios e indemnizaciones, hipotecarios, pignoratícios y, en su caso, institucionales. Se trata de una transacción que exige autorización judicial, previo informe del comisario, y con el requisito de tasación pericial de los bienes objeto de dación en pago o para pago de créditos concurrentes.

En lo que se refiere a los acreedores, que no hubieren sido satisfechos íntegramente de sus derechos contra el quebrado, conservarán acción por lo que les reste debiendo, sobre los bienes que ulteriormente pueda adquirir el deudor, según reza el art. 1136 del antiguo Código de Comercio.

12. Efectos contables de la liquidación

Recuerdo que la apertura de la liquidación, si el concursado fuese persona jurídica, es causa de su disolución y del cese de administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal (art. 145.3), entre otros efectos comentados precedentemente.

Si no se hubiese decidido con anterioridad a la apertura de la liquidación, la administración concursal deberá abandonar la aplicación del principio de empresa en funcionamiento y, particularmente, el de precio de adquisición, a lo que autoriza el apartado 2 del art. 38 del C. de C., pues resultará obligado se observen criterios de valoración liquidativos en la formulación de las cuentas anuales o estados financieros intermedios, disuelta la entidad jurídica, incluso cuando se hubiese autorizado por el juzgado la continuidad de sus actividades, señalándose así en la memoria y explicando su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa. En la aplicación de criterios de valoración liquidativos, para la masa activa, se tomarán en consideración las tasaciones periciales de determinados bienes del inmovilizado y circulante, encargadas a expertos independientes, y respecto a la masa pasiva, además de los efectos por el vencimiento anticipado de las deudas, se efectuarán las dotaciones de provisiones para riesgos y gastos, con especial atención a las de carácter laboral (finiquitos e indemnizaciones), en su caso.

El órgano responsable de la formulación de cuentas anuales, cesados los administradores sociales por la apertura de la liquidación, será

la administración concursal, que deberá someterlas a auditoría, cuando sea obligatoria, pese a la discutible doctrina administrativa del ICAC, que exonera a las sociedades disueltas de formular cuentas anuales y de auditoría (*BOICAC* N.º 12, marzo de 1993). Al respecto, Alarcón y Elorrieta¹³⁴ discrepa del criterio administrativo expuesto y sostiene lo contrario, es decir, que las sociedades disueltas deben formular cuentas anuales y, en su caso, auditarlas.

13. Aspectos tributarios

La nueva Ley concursal afecta a varios sectores del ordenamiento jurídico español, entre ellos, al tributario, con alguna incidencia en la liquidación concursal.

13.1. *Disposiciones finales*

Entre las disposiciones finales de dicha Ley, algunas se refieren al crédito tributario y pueden incidir en esta fase liquidatoria.

13.1.1. RESPONSABILIDADES TRIBUTARIAS POR SUCESIÓN EMPRESARIAL O PROFESIONAL

La disposición final undécima reforma de la Ley¹³⁵ 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria.

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone:

*«Artículo 42. Responsables solidarios. 1. Serán **responsables solidarios** de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:... c) Las que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio. La responsabilidad también se extenderá a las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar. Cuando resulte de aplicación lo previsto en el apartado 2 del artículo 175¹³⁶ de esta Ley, la responsabili-*

¹³⁴ ALARCÓN Y ELORRIETA, José Ignacio, «La auditoría en período de liquidación». *Partida Doble*, núm. 51, diciembre 1994, págs. 51-52.

¹³⁵ Derogada por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que ha entrado en vigor el 1/07/2004.

¹³⁶ «2. El que pretenda adquirir la titularidad de explotaciones y actividades económicas y al objeto de limitar la responsabilidad solidaria contemplada en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 42 de esta ley, tendrá derecho, previa la conformidad del titular

*dad establecida en este párrafo se limitará de acuerdo con lo dispuesto en dicho artículo. Cuando no se haya solicitado dicho certificado, la responsabilidad alcanzará también a las sanciones impuestas o que puedan imponerse. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los adquirentes de elementos aislados, salvo que dichas adquisiciones, realizadas por una o varias personas o entidades, permitan la continuación de la explotación o actividad. La responsabilidad a que se refiere el primer párrafo de esta letra no será aplicable a los supuestos de sucesión por causa de muerte, que se regirán por lo establecido en el artículo 39 de esta Ley. **Lo dispuesto en el primer párrafo de esta letra no será aplicable a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal**» [Interés del concurso].*

Llama la atención el cambio habido de responsabilidad subsidiaria a solidaria, injustificadamente, me parece.

13.1.2. COMPROBACIÓN TRIBUTARIA DE VALORES

La disposición final duodécima modifica el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, en los términos siguientes:... 2. Se añade un apartado 5 al artículo 46¹³⁷ con la siguiente redacción:

actual, a solicitar de la Administración certificación detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas de su ejercicio. La Administración tributaria deberá expedir dicha certificación en el plazo de tres meses desde la solicitud. En tal caso quedará la responsabilidad del adquirente limitada a las deudas, sanciones y responsabilidades contenidas en la misma. Si la certificación se expidiera sin mencionar deudas, sanciones o responsabilidades o no se facilitara en el plazo señalado, el solicitante quedará exento de la responsabilidad a la que se refiere dicho artículo.»

¹³⁷ Artículo 46. [Régimen general] «1. La Administración podrá, en todo caso, comprobar el valor real de los bienes y derechos transmitidos o, en su caso, de la operación societaria o del acto jurídico documentado. 2. La comprobación se llevará a cabo por los medios establecidos en el artículo 52 de la Ley General Tributaria (RCL 1963, 2490). Si de la comprobación resultasen valores superiores a los declarados por los interesados, éstos podrán impugnarlos en los plazos de reclamación de las liquidaciones que hayan de tener en cuenta los nuevos valores. Cuando los nuevos valores puedan tener repercusiones tributarias para los transmitentes se notificarán a éstos por separado para que puedan proceder a su impugnación en reposición o en vía económico-administrativa o solicitar su corrección mediante tasación pericial contradictoria y, si la reclamación o la corrección fuesen estimadas en todo o en parte, la resolución dictada beneficiará también a los sujetos pasivos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. 3. Cuando el valor declarado por los interesados fuese superior al resultante de la comprobación, aquél tendrá la consideración de base imponible. 4. Si el valor obtenido de

«5. Se considerará que el valor fijado en las resoluciones del juez del concurso para los bienes y derechos transmitidos corresponde a su valor real, no procediendo en consecuencia comprobación de valores, en las transmisiones de bienes y derechos que se produzcan en un procedimiento concursal, incluyendo las cesiones de créditos previstas en el convenio aprobado judicialmente y las enajenaciones de activos llevadas a cabo en la fase de liquidación» [Interés del concurso].

Se exoneran, por tanto, de posterior comprobación administrativa, los valores formalizados en sede concursal, es decir, los precios acordados en las enajenaciones de bienes y derechos objeto de liquidación concursal, y será de aplicación, básicamente, en el concurso de deudores no empresarios o profesionales, pues si lo fueran dichas transmisiones estarán sujetas a IVA, simplificando.

13.2. *Impuesto sobre el Valor Añadido*

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Artículo 7. Modificación de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. Se introducen las siguientes modificaciones en la Ley 7/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido: Primero. Con efectos a partir del día 1 de enero de 2004: Tres. Se modifica el segundo párrafo del apartado tres del artículo 80¹³⁸, que quedará redactado de la siguiente manera:

«Sólo cuando se acuerde la conclusión del concurso por las causas expresadas en el artículo 176.1, apartados 1.º, 3.º y 5.º de la Ley Concursal, el acreedor que hubiese modificado la base imponible deberá

la comprobación fuese superior al que resultase de la aplicación de la correspondiente regla del Impuesto sobre el Patrimonio, surtirá efecto en relación con las liquidaciones a practicar a cargo del adquirente por dicho Impuesto por la anualidad corriente y las siguientes».

¹³⁸ Artículo 80.—Modificación de la base imponible. *«Tres. La base imponible podrá reducirse cuando el destinatario de las operaciones sujetas al impuesto no haya hecho efectivo el pago de las cuotas repercutidas y siempre que, con posterioridad al devengo de la operación, se dicte providencia judicial de admisión a trámite de suspensión de pagos o auto judicial de declaración de quiebra de aquél. La modificación, en su caso, no podrá efectuarse, en el supuesto de una suspensión de pagos, después del decimoquinto día anterior al de celebración de la Junta de Acreedores, ni tratándose de una quiebra, después del duodécimo día anterior a la celebración de la Junta de examen o reconocimiento de créditos, ni tampoco después de la aprobación del Convenio si se realizara con anterioridad a dicha Junta. Sólo cuando por cualquier causa se sobresea el expediente de la suspensión de pagos o quede sin efecto la declaración de quiebra, el acreedor que hubiese modificado la base imponible deberá rectificarla nuevamente al alza mediante la emisión, en el plazo que se fije misma proporción que la parte de contraprestación satisfecha...».*

modificarla nuevamente al alza mediante la emisión, en el plazo que se fije reglamentariamente, de una factura rectificativa en la que se repercuta la cuota procedente».

Efectivamente, el artículo 176 de la Ley concursal dispone:

«1. Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos:... 3.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio...».

El pago o la consignación de los créditos concursales puede tener lugar en la fase de liquidación del concurso y produce la modificación al alza de las facturas rectificativas emitidas por los sujetos pasivos acreedores concursales, al amparo de lo dispuesto en el apartado tres del artículo 80 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, y que también ha sido modificado en el referido art. 7 de la mentada Ley 62/2003. Es decir, el sujeto pasivo anteriormente mencionado deberá volver a repercutir el IVA recuperado.

13.3. Nueva Ley General Tributaria

La mencionada Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, además de las referencias a la Ley concursal, comentadas en las disposiciones finales que anteceden, incorpora otros preceptos que considero de interés exponer por sus efectos durante la fase de liquidación concursal.

Artículo 43. *«1. Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:... c) **Los integrantes de la administración concursal** y los liquidadores de sociedades y entidades en general que no hubiesen realizado las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a dichas situaciones e imputables a los respectivos obligados tributarios. De las obligaciones tributarias y sanciones posteriores a dichas situaciones responderán como administradores [los administradores concursales] cuando tengan atribuidas funciones de administración».*

Se contemplan las responsabilidades tributarias de los síndicos, en el arts. 40 de la Ley General Tributaria derogada de 1963, según modificación parcial por la Ley 25/1995, de 20 de julio:

«Art. 40. 2. Serán responsables subsidiarios los síndicos, interventores o liquidadores de quiebras, concursos, sociedades y entidades en general, cuando por negligencia o mala fe no realicen las gestiones

necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a dichas situaciones y que sean imputables a los respectivos sujetos pasivos».

Se observa que poco ha cambiado, si no es para peor. No es razonable el anterior precepto, aunque la sindicatura de la quiebra es administradora de la masa, en todo caso (art. 1073.1.º del primer C. de C. y art. 925 del vigente C. de C.), pues declarar su responsabilidad subsidiaria, por no hacer lo que sólo era exigible al sujeto pasivo del tributo, parece excesivo. Pero, en el nuevo concurso, declarar responsables subsidiarios de la deuda tributaria a los integrantes de la administración concursal, sin distinguir sus funciones de control o de administración, añade un plus de arbitrariedad, lo que no ocurre cuando regula la responsabilidad de las obligaciones tributarias y sanciones posteriores a dichas situaciones, que atribuye a los administradores concursales sólo cuando tengan atribuidas funciones de administración, imperativas por la apertura de la fase de liquidación concursal.

14. Derecho transitorio

La disposición transitoria primera de la nueva Ley concursal se ocupa de los procedimientos concursales en tramitación, concretamente los derogados desde el uno de septiembre de 2004, a saber: concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos. Dispone que dichos procedimientos concursales, si se encuentran en tramitación en dicha fecha, continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, con ciertas excepciones, objeto de los epígrafes que siguen, en la medida que pueda afectarles la liquidación concursal.

14.1. Conclusión y reapertura

Será de inmediata aplicación, en los citados procedimientos concursales en tramitación, a partir del uno de septiembre de 2004, lo dispuesto en los artículos 176 a 180 de esta ley, que regulan la conclusión y reapertura del concurso.

14.1.1. Causas de conclusión del procedimiento concursal

Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones por la aplicación inmediata de los siguientes supuestos del precitado art. 176:

«1.º Una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso».

La ley autoriza al deudor para oponerse a la declaración de **concurso de acreedores** necesario, así como faculta a los acreedores para que puedan hacer oposición al auto que declare el concurso voluntario y, también, el necesario (arts. 1160 a 1171 LEC), según SSTs 7.06.1932, 31.05.1933 y 6.07.1960. Iguales facultades tienen ambos interesados en la **quiebra** (art. 1326 LEC), a la que me referiré a continuación. Se encuentran legitimados activamente los acreedores y el propio quebrado, según se trate de quiebra voluntaria o necesaria, para iniciar un incidente de oposición a la declaración de quiebra. La doctrina estudia especialmente esta iniciativa cuando la quiebra es necesaria, es decir, cuando el promovente es un acreedor, y se muestra favorable a contemplar la posibilidad de que, siendo solicitada voluntariamente por el deudor, se formule oposición por parte de los acreedores. Ramírez¹³⁹ entiende que el artículo 1170 de la LEC, referido al concurso, legitima a los acreedores para oponerse a la quiebra. El profesor De la Oliva¹⁴⁰ advierte que en la quiebra voluntaria no se prevé la oposición de acreedores, pero considera, de conformidad con Prieto-Castro y De la Cuesta Rute, que la justicia exige que se admita dicha posibilidad, siendo aplicables las normas relativas al concurso de acreedores. El magistrado José Bustos Gómez-Rico¹⁴¹ señala que la generalidad de la doctrina (Ramírez, Satta, Navarrini, Provinciali, Sáez Jiménez, etc.) y unánimemente la jurisprudencia (cita la STS de 27.04.1989) coinciden en afirmar la impugnabilidad del auto de declaración de quiebra voluntaria, con independencia del carácter supletorio de las normas reguladoras del concurso. También el magistrado Soto Vázquez¹⁴² indica que los acreedores están legitimados activamente para oponerse a la declaración de quiebra, como se desprende de los arts. 1162 y 1170 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya aplicación a la insolvencia mercantil está fuera de toda duda y ha sido confirmada por la jurisprudencia. En la misma dirección razona el profesor Cordón Moreno¹⁴³ y considera a los terceros titulares de intereses, que pudieran ser afectados por la declaración de quiebra, facultados para oponerse a la declaración de quiebra y, desde luego, a los acreedores del quebrado, necesario o voluntario,

¹³⁹ RAMÍREZ, José A., *op. cit.*, Tomo I, pág. 742.

¹⁴⁰ OLIVA, Andrés de la y FERNÁNDEZ, Miguel Angel, *op. cit.*, pág. 384.

¹⁴¹ BUSTOS GÓMEZ-RICO, Modesto de, «El procedimiento de declaración de quiebra», en Derecho Concursal (Cuadernos de Derecho Judicial). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, págs. 387-388.

¹⁴² SOTO VÁZQUEZ, Rodolfo, *Quiebras y concurso de acreedores. Las situaciones de insolvencia y la responsabilidad penal del deudor*, Granada, Comares, 1994, pág. 233.

¹⁴³ CORDÓN MORENO, Faustino, *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*. Pamplona, Aranzadi, 1995. 3.ª edición: 1999, págs. 222-223.

con cita de la referida STS de 27.04.1989. Por último, Baró Casals¹⁴⁴ entiende que el art. 1170 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es aplicable a la quiebra, en virtud de la supletoriedad ordenada por el art. 1319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se apoya en la SAT de Albacete, de 22.07.1980; STS de 9.01.1984; SAT de Barcelona, de 4.06.1980; y, STS de 27.04.1989. El magistrado Manresa¹⁴⁵ analiza los arts. 1170 y 1171 de la LEC. En la quiebra voluntaria carece de legitimación activa el propio deudor, para impugnar el auto de declaración de quiebra, que no podrá ir válidamente contra sus propios actos. Ostenta la legitimación pasiva el deudor (art. 1326 LEC), así como aquellos acreedores que coadyuvaren en la impugnación de la reposición del auto de quiebra (art. 1328 LEC), como reconoce la SAT de Barcelona de 19.10.1992. Se comparte el cauce de oposición por parte de los acreedores a la declaración de quiebra voluntaria en las STS de 9.01.1984 y 27.04.1989 (arts. 885 C. de C.; 1028 a 1033 del viejo C. de C.; 1326 a 1332 LEC). También se hallan legitimados los administradores de una sociedad anónima para oponerse a la declaración de quiebra voluntaria de la compañía «en liquidación», según declara la sentencia del TS del 14.03.1984. Respecto a la oposición a la declaración de quiebra necesaria, el profesor De la Oliva¹⁴⁶ considera que el artículo 1326 LEC parece pensar exclusivamente en el deudor, si bien algún autor entiende que también podrían oponerse acreedores no solicitantes y terceros que acrediten interés opuesto a la declaración de quiebra. Por su parte, Ramírez¹⁴⁷ matiza que, en todo caso, ha de ser denegada dicha legitimación al acreedor que instó la quiebra, y ello sobre la base del principio de que a nadie le es lícito ir válidamente contra sus actos. Ciertos sectores de la doctrina defienden la legitimación activa de terceros interesados personalmente, de cuyas opiniones se hace eco el profesor Millán¹⁴⁸, allanándonos el camino para recordar el interés legítimo de los trabajadores para oponerse a la declaración de quiebra voluntaria o necesaria de su empleador, aun en el infrecuente caso que no fuesen acreedores, ante las expectativas del crédito salarial o indemnizatorio a que tendrían derecho por extinción de sus relaciones laborales, así como por la conservación de sus puestos de trabajo. La STS de 10.11.1983 niega legitimación ac-

¹⁴⁴ BARÓ CASALS, Antonio. *La Quiebra. Legislación y jurisprudencia sistematizada*. Barcelona, Cedecs Editorial, 1996, págs. 196-200.

¹⁴⁵ MANRESA Y NAVARRO, José María, *op. cit.*, págs. 69-71.

¹⁴⁶ OLIVA, Andrés de la, *op. cit.*, vol. IV, pág. 385.

¹⁴⁷ RAMÍREZ, José A., *op. cit.*, tomo I, págs. 742-743.

¹⁴⁸ MILLÁN, Carlos, *Sobre la oposición a la declaración de quiebra necesaria*. Madrid, Montecorvo, 1990, págs. 31-38.

tiva a la viuda del quebrado, para oponerse a la declaración de quiebra necesaria, por haber repudiado la herencia de su difunto esposo y carecer de interés legítimo.

«2.º Una vez firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento».

Votado favorablemente el convenio en el **concurso de acreedores** y sancionado por la autoridad judicial, se dará por terminado el juicio, una vez publicados los edictos (art. 1313 LEC). En cuanto al deudor, se extinguen sus obligaciones en los términos estipulados en el mismo, si cumple el convenio. Si no lo cumple, vuelve a renacer el derecho de los acreedores por las cantidades que no hubieren percibido de su crédito, pudiendo cualquiera de ellos pedir la declaración o continuación del concurso (art. 1919 CC).

Los efectos de la aprobación del convenio en la **quiebra** se indican en los arts. 904 a 907 del C. de C. y el profesor De la Oliva¹⁴⁹ concreta: a) el convenio obliga a todos los acreedores aunque no asistiesen a la junta, que no usaron del derecho de abstención, ex art. 900, en su caso, y obliga también a los acreedores que no fueron incluidos en el balance ni intervinieron en el proceso concursal, si se les notificó la aprobación y no formularon tempestivamente reclamación (art. 904 C. de C.); b) salvo pacto expreso, el convenio opera la extinción de los créditos en la parte de que se hubiese hecho remisión al quebrado, aun cuando le quedare algún sobrante de los bienes de la quiebra o posteriormente llegare a mejor fortuna (art. 905 C. de C.); c) el quebrado tiene derecho a que se dé publicidad al convenio y los síndicos, con la fiscalización del comisario, han de restituir al deudor todas sus pertenencias y rendirle cuentas en el plazo de quince días. Las posibles impugnaciones de esas cuentas se presentarán al juez de la quiebra (art. 1160 C. de C. 1829). El profesor Villarrubias Guillamet¹⁵⁰ sostiene:

«... en la quiebra, el convenio no pone fin al procedimiento de quiebra ni, menos aún, al estado de quiebra. El convenio suspende el procedimiento y sólo cumplido éste en todos sus términos, se pone fin al procedimiento; al igual que se pone fin con la liquidación judicial de la masa. De otra parte cabe tener presente que el estado de quiebra persiste durante toda la vigencia del procedimiento y, consecuentemente,

¹⁴⁹ OLIVA, Andrés de la, *op. cit.*, vol. IV, pág. 411.

¹⁵⁰ VILLARRUBIAS GUILLAMET, Felio, «La comisión liquidadora de acreedores en el ámbito concursal», *Derecho Concursal II* (Cuadernos de Derecho Judicial). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pág. 303.

también del cumplimiento del convenio, cesando con la rehabilitación del quebrado».

Sobre la **quita y espera**, el profesor Cordón Moreno¹⁵¹ concreta:

«Si el convenio no es impugnado el juez mandará llevarlo a efecto, dictando para su ejecución las providencias que correspondan, siempre a instancia de parte (art. 1151). El mismo será obligatorio para todos los acreedores, excepto para aquellos (los hipotecarios fundamentalmente) que, gozando de derecho de abstención, hicieron uso del mismo (art. 1140) y para los que no fueron citados a la junta ni se les hizo la notificación del acuerdo que prevé el artículo 1145 (cfr. art. 1152). A todos ellos, y también a los no incluidos en la relación presentada por el deudor, les quedará a salvo su derecho, a no ser que se hayan adherido al convenio expresa o tácitamente (art. 1153). El incumplimiento del convenio por el deudor hace recobrar a los acreedores sus derechos y determina que pueda ser declarado en concurso necesario, aunque no haya pendiente ninguna ejecución contra él (art. 1155)».

En la **suspensión de pagos**, una vez firme el auto aprobatorio del convenio e inscrito en el Registro Mercantil y de la Propiedad, en su caso, y publicado en el *BORME* y demás medios de comunicación en los que se haya ordenado la inserción de los edictos, se dicta nueva resolución judicial, que suele ser en forma de providencia, mandando cesar a los interventores en sus funciones, que tendrá lugar diez días después de la fecha en que se haya hecho la última publicación (arts. 15 y 17 de la Ley especial). El artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos, ordena:

«Desde el momento de iniciarse el expediente de suspensión de pagos hasta el cumplimiento total del convenio, será parte el Ministerio Fiscal».

«3.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio».

Solución extraordinaria e infrecuente en la práctica concursal reciente, aunque prevista en el anterior **concurso de acreedores**:

*«Hecho el pago de todos los créditos..., los Síndicos rendirán una cuenta general Justificada, que se unirá al ramo de cuentas y estará de manifiesto en la Escribanía...» (art. 1242 LEC), así como en la **quiebra**:*

«Los quebrados... podrán obtener su rehabilitación..., si no hubiere mediado convenio, estarán obligados a probar que... quedaron sa-

¹⁵¹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA, Madrid, Civitas, 1995, vol. IV, pág. 5453.

tisfechas todas las obligaciones reconocidas en el procedimiento de quiebra», según prescribe el segundo párrafo del art. 921 del C. de C. vigente.

«4.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores».

Situación frecuente en la práctica concursal conocida, aunque el ordenamiento jurídico derogado no regula la terminación de aquellos procedimientos concursales con causa en la ausencia de bienes y derechos, si bien la doctrina científica consultada¹⁵² se muestra partidaria de la clausura de la quiebra y su archivo provisional, en tal supuesto de hecho. El auto de la AP de Baleares, de fecha 10.02.1999, considera procedente el archivo provisional de los autos de quiebra, por inexistencia de bienes, sin esperar a la calificación de la quiebra (pieza quinta), máxime tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, a la vista del párrafo 3.º del art. 260.

«5.º En cualquier estado del procedimiento, una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos».

Se entenderá que la referencia a la fase común del concurso de este apartado está hecha al trámite de reconocimiento de créditos (regulado en el concurso de acreedores y en la quiebra) o su equivalente, que puede identificarle con la aprobación judicial de la lista definitiva de acreedores, ex art. 12 de la LSP. En la quita y espera no se contempla el reconocimiento de créditos.

El art. 176.2 dispone:

«En los tres últimos casos del apartado anterior, la conclusión se acordará por auto y previo informe de la administración concursal, que se pondrá de manifiesto por 15 días a todas las partes personadas».

En los procedimientos de concurso de acreedores y quiebra, dicho informe será emitido por el depositario o la sindicatura, con la confor-

¹⁵² BELTRÁN, Emilio, *Las deudas de la masa*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España (Studia Albornotiana L), 1986, págs. 247-250; YANES YANES, Pedro, *La reapertura de la quiebra*. Valladolid, Lex Nova, 1992, págs. 130-132; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel, RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco, *Derecho procesal práctico: formularios y jurisprudencia sobre el proceso civil*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, vol. IX, pág. 525; y CUESTA RUTE, José M.ª, «Los modos de terminación en la quiebra», *Derecho concursal* en (Cuadernos de Derecho Judicial). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, págs. 638-639.

midad del comisario, y en la suspensión de pagos por la intervención judicial. En el procedimiento quita y espera no se nombra órgano auxiliar del juzgado.

El art. 176.3 establece:

«No podrá dictarse auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión».

Puede ser aplicable al concurso de acreedores y a la quiebra, particularmente, en el primero de los cuales pueden ejercitarse acciones revocatorias o paulianas contra actos fraudulentos, según refiere la STS de 28.03.88, y en la quiebra las acciones revocatorias concursales (arts. 879 a 882 C. de C.), así como en la suspensión de pagos calificada como insolvencia definitiva (art. 8), por aplicación del art. 21 de la LSP. De igual modo la calificación es imperativa en el concurso de acreedores y en la quiebra (arts. 1295-1302 y 1382-1388 de la LEC, respectivamente, estos últimos se remiten a los arts. 1138 y siguientes del primer C. de C., aunque deben tomarse en consideración los arts. 886-897 del vigente C. de C. En la quita y espera no se contemplan dichas previsiones.

El art. 176.4 preceptúa:

«El informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas. Las demás partes personadas se pronunciarán necesariamente sobre tal extremo en el trámite de audiencia y el juez, a la vista de todo ello, adoptará la decisión que proceda».

He anticipado quienes pueden ser los emisores de este informe (sindicados del concurso de acreedores y de la quiebra e interventores de la suspensión de pagos), cuyo contenido se concreta en este apartado, así como para alegaciones de las demás partes personadas (deudor y acreedores).

El art. 176.5 estipula:

«Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, el juez le dará la tramitación del incidente concursal».

Se entenderá que esta referencia al incidente concursal está hecha al procedimiento del artículo 393¹⁵³ de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, que no se tramita de conformidad con lo dispuesto en el capítulo III del título VIII (arts. 192 a 196) de la nueva Ley. Estarán legitimados para formular oposición la administración concursal, el deudor y los acreedores, que no la hubieren solicitado.

El art. 177 dispone:

«1. Contra el auto que acuerde la conclusión del concurso no cabrá recurso alguno».

Este auto se dictará sólo en ausencia de oposición por las partes y, si acuerda la conclusión del procedimiento concursal correspondiente, contra el mismo no cabrá recurso alguno ¿Y si el auto rechaza la solicitud de conclusión? Imagino que cabe recurso de reposición y, en su caso, de apelación.

«2. Contra la sentencia que resuelva la oposición a la conclusión del concurso, cabrán los recursos previstos en esta ley para las sentencias dictadas en incidentes concursales».

Se entenderá que contra la sentencia que resuelva la oposición a la conclusión del procedimiento concursal cabrá el recurso de apelación y que contra la sentencia que resuelva este último cabrá el recurso de casación o el de infracción procesal en los términos previstos en la referida LEC (arts. 455 a 489).

¹⁵³ Admisión, sustanciación y decisión de las cuestiones incidentales. *«1. En el procedimiento ordinario no se admitirá el planteamiento de ninguna cuestión incidental una vez iniciado el juicio, y en el verbal, una vez admitida la prueba propuesta. 2. En la providencia sucintamente motivada en que se admita el planteamiento de la cuestión se resolverá si ha de considerarse de previo o de especial pronunciamiento, suspendiéndose, en el primer caso, el curso ordinario de las actuaciones. 3. Trasladado a las demás partes el escrito en que se plantee la cuestión, podrán contestar lo que estimen oportuno en el plazo de cinco días y, transcurrido este plazo, el tribunal citará a las partes a una comparecencia, que se celebrará conforme a lo dispuesto para las vistas de los juicios verbales. 4. Formuladas las alegaciones y practicada, en su caso, la prueba que en la misma vista se admita, si la cuestión fuere de previo pronunciamiento, se dictará, en el plazo de diez días, auto resolviendo la cuestión y disponiendo lo que sea procedente respecto a la continuación del proceso. Si la cuestión fuere de especial pronunciamiento, será resuelta, con la debida separación, en la sentencia definitiva. 5. Cuando la cuestión se resuelva por medio de auto, si éste acordare poner fin al proceso, cabrá recurso de apelación, y si decidiere su continuación, no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva».*

14.1.2. EFECTOS DE LA CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

El art. 178 dispone:

«1. En todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación».

En la quiebra, si fuese calificada fraudulenta, no cabe la rehabilitación (art. 920 del C. de C.), salvo en el supuesto de convenio de las compañías (art. 929 del C. de C.), luego no cesarán tales limitaciones.

«2. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso».

Consecuencia jurídica del art. 1911 de C. civil. La terminación del concurso de acreedores no libera totalmente al deudor, si los bienes obtenidos mediante él no fuesen suficientes para pagar íntegramente a los acreedores, pues éstos lo siguen siendo por el resto, teniendo derecho a dirigirse contra los bienes que posteriormente adquiriera el deudor. El profesor Sala Reixachs¹⁵⁴ dedica los siguientes comentarios:

«Pueden solicitar la reapertura de la quiebra en el supuesto que el quebrado llegara a mejor fortuna: 1. Los acreedores reconocidos en el procedimiento concursal que no hubieren percibido la totalidad de sus créditos; 2. Los acreedores concursales no reconocidos en el procedimiento clausurado, por no haber insinuado su crédito o haberlo hecho extemporáneamente incurriendo en mora; 3. El propio deudor con la finalidad de obtener la rehabilitación que exige como requisito la satisfacción total de los créditos contra el quebrado (art. 921.2 Código de Comercio)...».

Sin embargo, la importancia de este precepto radica en la legitimación de los acreedores insatisfechos (contra la masa o concursales) de iniciar ejecuciones singulares contra nuevos bienes o derechos que conocieran del deudor.

«3. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme».

¹⁵⁴ SALA REIXACHS, Alberto, *La terminación de la quiebra...*, op. cit., págs. 159-162.

Parece que quiere distinguir de la disolución y resulta lógico, pues si apareciesen nuevos bienes podrá declararse la reapertura del concurso, que rehabilitará su inscripción en el Registro Mercantil.

14.1.3. REAPERTURA

Dispone el art. 179:

«1. La declaración de concurso de deudor persona natural dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de bienes y derechos tendrá la consideración de reapertura de éste. El juez competente, desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior».

Aunque ofrece alguna duda, no parece que pueda reabrirse la quita y espera o la suspensión de pagos anterior, pero cabe la reapertura del concurso de acreedores y de la quiebra concluidos por inexistencia de bienes y derechos, más bien clausurados y archivados provisionalmente, que seguirán su tramitación con arreglo al derecho derogado y respetando este derecho transitorio.

«2. La reapertura del concurso de deudor persona jurídica concluido por inexistencia de bienes y derechos será declarada por el mismo juzgado que conoció de éste, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad. A dicha reapertura se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24».

De nuevo anticipo alguna duda, pero me inclino por la reapertura del concurso de acreedores o de la quiebra anterior y por la competencia del mismo Juzgado de Primera Instancia. Insisto que no parece procesalmente viable la clausura de la quita y espera o de la suspensión de pagos por inexistencia de bienes y derechos, que debiera resolverse por sobreseimiento.

14.1.3.1. Inventario y lista de acreedores

El art. 180 dispone:

«1. Los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores formados en el procedimiento anterior habrán de actualizarse por la administración concursal en el plazo de dos meses a partir de la incorporación de aquellas actuaciones al nuevo concurso. La actualización se limitará, en cuanto al inventario, a suprimir de la relación los bienes

y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor, a corregir la valoración de los subsistentes y a incorporar y valorar los que hubiesen aparecido con posterioridad; en cuanto a la lista de acreedores, a indicar la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y a incorporar a la relación los acreedores posteriores».

Creo que es un texto claro, que requerirá la contratación de expertos independientes, por parte del depositario o síndicos o interventores, quienes serán los encargados de la formación de las masas activa y pasiva, aunque recuerdo que en la suspensión de pagos no se menciona el inventario como documento contable y deberá ponerse en relación con el activo *ex art. 8* de la Ley especial.

«2. La actualización se realizará y aprobará de conformidad con lo dispuesto en los capítulos II y III del título IV de esta ley. La publicidad del nuevo informe de la administración concursal y de los documentos actualizados y la impugnación de éstos se regirán por lo dispuesto en el capítulo IV del título IV, pero el juez rechazará de oficio y sin ulterior recurso aquellas pretensiones que no se refieran estrictamente a las cuestiones objeto de actualización».

Los capítulos citados se refieren a la determinación de las masas activa (arts. 76 a 83) y pasiva (arts. 84 a 94), su publicidad e impugnación (arts. 95 a 97), que deberán observar el depositario, síndico o interventores.

LOS SISTEMAS INDICADORES DEL DESARROLLO URBANO. CLAVES INTERPRETATIVAS

Jon Leonardo

Catedrático de Sociología
Universidad de Deusto

1. Aproximación teórica al estudio de los indicadores urbanos

1.1. *El estado de la cuestión*

Aproximarse al análisis de los indicadores urbanos es entrar en un mare magnum en el que se entrecruzan intereses y finalidades de todo tipo. En los últimos años han proliferado infinidad de modelos de indicadores urbanos. Esta abundancia ha ido de la mano de la creencia cada vez más generalizada de que las ciudades se están convirtiendo en instrumentos catalizadores del desarrollo económico y social, y de que se hace absolutamente inevitable disponer de sistemas de información ágiles y sensibles ya que, en gran medida, las ventajas competitivas adquiridas por las ciudades dentro de la división territorial del trabajo de alcance mundial, dependen de la capacidad de anticipación y de la existencia de instrumentos de información fiables y potentes. De alguna forma, la construcción de sistemas de indicadores urbanos pone de manifiesto la vigencia de la vieja tesis de Jane Jacobs para quien: «*la vida económica, por más remota que esté de las ciudades, depende de ellas para mantenerse o cambiar, convirtiendo a éstas en objeto estratégico de estudio, y donde el concepto Economía Nacional va siendo paulatinamente sustituido por el de Economía Regional y en otros casos por el de Economía Metropolitana.*» (Jacobs, Jane. 1985. *Las ciudades y la riqueza de las naciones.*)

Aunque la construcción de sistemas de indicadores urbanos, al menos en el sentido moderno, es una herramienta que empieza a generalizarse a partir de los años ochenta, lo cierto es que tiene una larga tradición. En este sentido, desde los años cincuenta en adelante, coincidiendo con la generalización del concepto SMA (Standard Metropolitan Area) acuñado

por la oficina del Censo Norteamericana, se hicieron innumerables estudios empíricos sobre distintas metrópolis mundiales con el propósito de establecer sistemas de medida comparativos de los procesos urbanos. Estos estudios fueron agrupados bajo la denominación genérica de Estudios de Ecología Factorial¹. Así, por no citar más que unos pocos y en orden cronológico, podemos destacar los estudios siguientes:

Cuadro 1.1

Detalle de estudios realizados utilizando Sistemas de Indicadores

Ciudad	Año	N.º de indicadores	Autor(res)
San Francisco (USA)	1955	33	Tryon
Seattle (USA)	1960	38	Schmid
Seattle (USA)	1964	42	Schmid y Tagashira
Boston (USA)	1965	20	Sweetser
Canberra (Australia)	1965	24	Jones
Helsinki (Finlandia)	1965	42	Sweetser
Liverpool (U.K.)	1965	31	Gittus
Copenhague (DNK)	1967	14	Pedersen
Chicago (USA)	1968	57	Rees, ph.
Newark (USA)	1968	48	Janson
Melbourne (Australia)	1968	70	Jones
Cairo, El (Egipto)	1969	13	Abu-lughod
Calcuta (India)	1969	37	Berry y Rees
Madrid (España)	1977	68	Castells
Bilbao (España)	1987	42	Leonardo
Vitoria-Gasteiz (España)	1989	42	Leonardo

Fuente: Elaboración propia.

Como resumen de estos estudios que utilizaban sistemas de indicadores para el análisis urbano, cabe decir que tenían por objetivo analizar la estructura urbana de las ciudades a fin de captar las diferencias más notables, tanto en cuanto a su composición y forma como en relación a la diferenciación social existente en su seno. De este modo, se pretendía elaborar un modelo sintético de análisis a fin de comparar las diferentes ciudades para, de este modo, elaborar una teoría general de los asentamientos urbanos empíricamente contrastada.

¹ Una revisión bastante exhaustiva de los estudios realizados en este período véase el libro de TIMMS, Duncan, 1971, *The Urban Mosaic. Towards a Theory of Residential Differentiation*, Cambridge University Press, London.

Desde el punto metodológico, la utilización de sistemas de indicadores en el análisis de los procesos urbanos ponía de manifiesto una serie de problemas que, de forma sintética, resumimos a continuación:

1. Los sistemas de indicadores como instrumentos de medida requerían constructos analíticos a partir de los cuales derivar indicadores representativos. Había un sinnúmero de indicadores que podían representar el mismo concepto.
2. Se constataba la no existencia de un modelo único de carácter general explicativo de los procesos complejos en los que se ven inmersas ciudades que pertenecen a contextos socioespaciales muy diferenciados.
3. Asimismo, los resultados obtenidos ponían de manifiesto las enormes diferencias internas existentes entre las distintas partes de la ciudad. La realidad urbana no es una e indivisible. Por el contrario, es susceptible de ser fragmentada, dividida en unidades más pequeñas que muestran, en muchos casos, el carácter dual de la estructura urbana.
4. Y, por último, la utilización de sistemas de indicadores mostraba ya en esta primera etapa la necesidad de subsumir las diferentes magnitudes obtenidas en criterios más generales con el propósito de establecer comportamientos urbanos de carácter global.

En cualesquiera de los casos y en relación a esta primera etapa del uso de indicadores en el análisis de los sistemas urbanos, su peculiaridad radicaba no tanto en la calidad y cantidad de los indicadores (había para todos los gustos), cuanto en el objetivo que guiaba a este tipo de estudios. En ese momento, se trataba de buscar criterios a partir de los cuales analizar la naturaleza profunda de la estructura urbana de las diferentes ciudades para compararlas y, de este modo, tener una comprensión global de los procesos que afectan a la estructura urbana de las grandes ciudades.

1.2. *Planes estratégicos y sistemas de indicadores*

La crisis de lo urbano manifestada por la necesidad de adaptar las viejas ciudades a las nuevas exigencias impuestas por la creciente globalización, la integración de las ciudades en espacios intermedios: regionales, redes, nodos... en los que existen convergencia de intereses; y, la competencia abierta entre ciudades pertenecientes a un mismo espacio regional por atraer inversiones y actividades, van a acentuar el papel de la planificación estratégica y con ella, la importancia otorgada a los sistemas de información disponibles como herramientas que pro-

porcionan valor añadido en la medida que permiten anticiparse a los cambios y, de este modo, obtener ventajas competitivas sobre las ciudades próximas. Como dice el profesor Santiago García Echevarría: «*al pasar de unos espacios económicamente cerrados, nacionales o sectoriales a unos espacios económicos abiertos, mundiales y competitivos, se están configurando espacios económicos más complejos. Esta complejidad de la globalización obliga a nuevas formas organizativas que implican: a) la búsqueda de un desarrollo de redes, y b) una fuerte descentralización no funcional de la economía, sino institucional, espacial*» (García Echevarría, Santiago, 1996, pág. 10).

Podría decirse que, junto con la omnipresente idea de la globalización que sacude todos los ámbitos de la vida económica y social, la idea complementaria relativa a la fragmentación espacial como atributo de lo urbano recoge mejor que ninguna otra cuestión la fuerza motriz de la dinámica espacial actual. Esta, no debe entenderse en el sentido clásico, es decir, como un término que expresa la existencia de realidades territoriales cerradas, sino de una manera nueva, como: «*la coexistencia de realidades territoriales descentralizadas unidas por la convergencia de intereses a la búsqueda de ventajas competitivas en un espacio económico y social abierto e interdependiente*». Desde esta perspectiva, adquieren relevancia denominaciones territoriales de todo tipo tan en boga en la actualidad: *áreas metropolitanas; redes intrarregionales* como la Communauté Urbane de Lille con 86 municipios, o la Overleg Orgaan Rijnmond (OOR) en Rotterdam en la que participan 17 municipios; *redes interregionales*, en muchos casos de carácter transfronterizo como en el caso de Euskadi-Aquitania, y también como en el caso del transporte de mercancías, los denominados *nodos logísticos*, en los que están presentes ciudades como Rotterdam, Hamburgo y otras. Lo cierto es que todas estas denominaciones ponen de manifiesto la necesidad de abordar los problemas territoriales de forma descentralizada a fin de buscar una utilización óptima de los recursos y sinergias existentes anticipándose a los desafíos de la globalización sobre la base de desarrollar estrategias territoriales conjuntas de cara a aumentar el nivel de competitividad de los territorios.

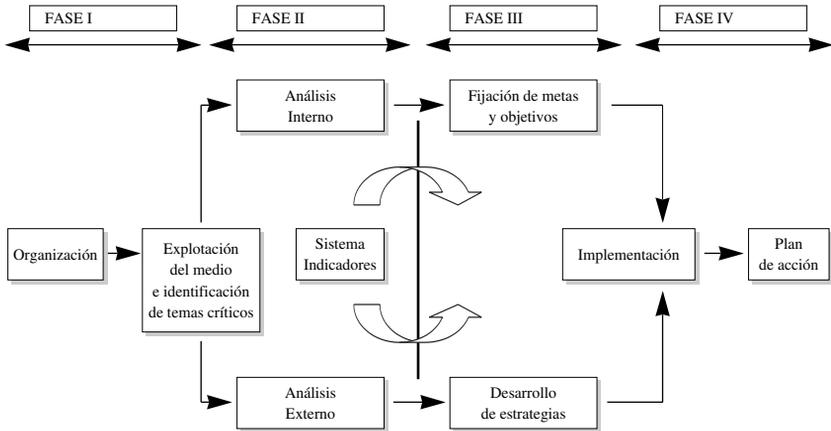
Una de las expresiones más importantes de esta nueva forma de concebir lo urbano y que, en cierta medida, va a suponer un antes y un después en el tratamiento de los problemas territoriales europeos fue el trabajo elaborado por la Oficina de Ordenación del Territorio (más conocida como DATAR). Nos referimos al documento titulado: *Les Villes Européennes* (1989), donde ya se decía entonces que: «*La imagen de Europa que se nos presenta es la de una Europa policéntrica, cada vez más diversificada que está en pleno proceso de transformación*». Este

documento, que estaba basado en el análisis comparativo de las ciudades europeas sobre la base de 16 indicadores estratégicos, tuvo como virtualidad:

1. La toma de conciencia por parte de las diferentes ciudades europeas de su puesto en conjunto de Europa sobre el análisis comparativo de los indicadores.
2. El hecho de situar el marco del desarrollo territorial europeo en el conjunto de las sinergias existentes entre ciudades a partir de una tipologización del espacio territorial que atravesaba fronteras y que rompía con las rigideces estatales. Se reconocía la división del espacio europeo en áreas estratégicas llegando incluso a acuñarse términos como: «*la banana europea*» para referirse a aquellas regiones centrales que aglutinaban en ese momento a una serie de megalópolis y que iban desde el Greater London, pasando por la Ille de France, el Raandstad holandés, la Cuenca del Rhur, regiones como la Toscana o Emilia-Romaña en el Norte de Italia, extendiéndose al Midi francés y al Levante español. Al mismo tiempo, y en sentido totalmente contrario, se constataba el declive de lo que se denominaba en el documento «*el finis-terre europeo*» y que tenía como eje al Atlántico, desde Liverpool, parte de las regiones occidentales francesas, hasta la cornisa cantábrica y Portugal.
3. Servir de espoleta para la formulación de planes estratégicos como una forma de mantener las posiciones de liderazgo en unos casos: París, Londres, Madrid, Barcelona; o de reaccionar frente a la situación de declive en otros: Bilbao, Gijón; pero, en cualesquiera de ellos, para medirse con las áreas afines a fin de ganar en competitividad y en capacidad de liderazgo respecto a los entornos más próximos.

De este modo, la proliferación de planes estratégicos llevados a cabo por diversas ciudades europeas va a ir planteando la necesidad de obtener información fidedigna, rápida, a fin conocer el rumbo de la ciudad para calibrar sus potencialidades en un escenario futuro siguiendo a grosso modo la metodología establecida por la Universidad de Harvard según la cual la implementación de los planes estratégicos requiere de cuatro fases perfectamente diferenciadas, tal y como se ve en la Figura 1.1. en manos de los policy-makers.

Como se afirmaba en la justificación de motivos del Plan Estratégico de Madrid (1993): «*Actualmente los agentes decisorios públicos demandan unos instrumentos de gestión que les permitan establecer tanto una dirección sólida y duradera a largo plazo, como un marco*



Fuente: Elaboración propia.

Figura 1.1

Metodología del Plan Estratégico

operativo a corto plazo. Esta realidad ha empujado a las organizaciones públicas a adoptar nuevas fórmulas de gestión, entre las que figura la planificación estratégica». Consecuentemente, se hacía absolutamente necesario definir las áreas de interés para, a partir de ellas, obtener la información pertinente.

Haciendo un análisis transversal de algunos de los planes estratégicos, tal y como aparecen en el Cuadro 1.2, pueden apreciarse perfectamente las similitudes y diferencias en la selección de áreas objeto de estudio. En cualesquiera de los casos y siguiendo con la metodología expresada en la Figura 1.1, todos estos instrumentos utilizan los sistemas de indicadores como herramientas de análisis a la hora de definir las políticas a llevar a cabo. No se puede olvidar que los sistemas de indicadores tienen las siguientes características:

1. Son útiles porque proporcionan información relativa al estado del sistema urbano y a las presiones ejercidas sobre él.
2. Permiten captar el rumbo que está tomando un sistema urbano.
3. Y, además, tienen en algunos casos una cierta capacidad de síntesis que facilita la interpretación de procesos que, por su propia naturaleza, son relativamente complejos.

Estos y otros atributos los hacen especialmente aptos para el análisis en las políticas estratégicas.

Cuadro 1.2

Áreas consideradas en los Planes Estratégicos de algunas ciudades

Ciudades	Plan Estratégico de Madrid 1993	Observatorio de Calidad: Barcelona 1998	Plan Estratégico de Revitalización del Bilbao Metropolitano 1992	Winnipeg Quality of Life. 1997	Silicon Valley. 2010
AREAS	Formación: —Mundo empresarial-académico —Formación ocupacional —Nuevas exigencias-cualificación	La ciudad: territorio y población: —Población —Ingresos y gastos	Recursos humanos: —Cualificación de los RRHH —Situación de las enseñanzas medias y universitarias —Conocimiento lingüístico —Mercado de trabajo —Evolución del paro —Cursos de formación	Medioambiente urbano: —Medioambiente Natural —Uso y gestión del suelo —Infraestructura y Servicios —Consumo, Conservación	Economía innovadora: —Productividad de las empresas —Mercado de trabajo —Distribución de la renta —Niveles de pobreza —Tasas escolarización
	Vertebración social: —Participación ciudadana —Acción Social	Servicios personales: —Educación —Cultura —Salud —Deportes —Servicios Sociales	Servicios avanzados: —Oferta de suelo para servicios —Nuevos sectores de actividad —Potenciación centralidad —Marketing urbano —Consolidación plaza financiera	Economía urbana: —Empleo —Finanzas municipales —Vitalidad económica	Medioambiente habitable: —Estado del aire —Estado de los recursos hídricos —Usos del suelo —Localización de las viviendas
	Movilidad y accesibilidad: —Movilidad Metropolitana —Accesibilidad carretera —Accesibilidad ferroviaria —Sistema Aeroportuario	Calidad de vida —Espacios urbanos de uso público —Mantenimiento y servicios —Plazas de aparcamiento —Intensidad tráfico —Desplazamientos —Actuaciones preventivas —Nivel seguridad —Información ciudadana	Movilidad y accesibilidad —Infraestructuras —Movilidad interna —Desplazamientos —Sistemas de transporte —Demanda de transporte —Patonalización —Transporte sostenible	Activos comunitarios: —Vivienda —Cultura, Arte y Equipamientos —Ocio —Servicios Públicos —Educación —Población —Vecindarios	Sociedad sin exclusiones: —Nivel de cualificación de los estudiantes —Acceso a las Universidades según grupos étnicos —Tasa de criminalidad —Tipos de estudios elegidos
	Oferta soporte físico y calidad medioambiental —Vivienda —Usos productivos —Equipamientos colectivos —Calidad Medioambiental	Vivienda y desarrollo urbano —Vivienda —Obras municipales	Regeneración medioambiental: —Indicadores de contaminación —Estado del medioambiente —Vertidos sólidos urbanos —Gestión de residuos	Bienestar individual: —Seguridad —Equidad —Educación —Riqueza —Salud	Administración regional: —Forma de convivencialidad —Participación en las elecciones —Ingresos-Gastos municipales
	Desarrollo y difusión nuevas tecnologías de comunicación e información —Tecnologías de telecomunicación —Tecnologías de información	Promoción de la actividad económica —Mercado de trabajo —Mercado inmobiliario	Regeneración urbana Población y necesidades de vivienda Suelos en ruina Estado de la vivienda Mercado inmobiliario Integración de usos	Liderazgo comunitario: —Liderazgo y gobierno —Imagen e Identidad —Participación ciudadana	
	Madrid y los ejes de desarrollo europeos		Centralidad cultural Sistema educativo —Gestión cultural —Iniciativas pública-privada		
			Gestión coordinada administración pública-sector privado —Planificación —Participación en la gestión		
	Articulación de la acción social —Sistemas de ayudas —Niveles de pobreza —Seguridad ciudadana —Oferta pública de Servicios asistenciales y sanitarios				
Nº indicadores	96	44	99	60	27
Evaluación	Cuantitativa	Cuantitativa	Cuantitativa	Cuantitativa	Cuantitativa

Fuente: Elaboración propia.

1.3. *Sostenibilidad y sistemas de indicadores*

El «crecimiento cero» demandado por el Informe Meadows (1972) y el «desarrollo sostenible» planteado por el Informe Brundtland (1987) son, sin duda, por sí mismos, indicadores de un cambio social profundo en la orientación de la intervención humana en su medio. En la historia de la humanidad ha habido —y también hay ahora— diversos planteamientos que han propugnado la necesidad de superar el paradigma de la lucha contra la naturaleza por una intervención mucho más reconciliadora. De todos es conocido que gran parte de lo que denominamos habitualmente desarrollo económico y social ha tenido un coste humano y medioambiental excesivamente elevado. Por esto, los informes Meadows y Brundtland son el resultado final de un cambio de tendencia que indica la conciencia de la insostenibilidad de un proceso de relación entre humanidad-naturaleza, en términos de que el único que dicta las condiciones del desarrollo es la subjetividad humana autoliberada de todo límite natural. Es la respuesta formal al desarrollo total de la pretensión cartesiana de fundar lo humano en la subjetividad del pensamiento formal, no atado por ninguna otra fuerza ajena al propio pensamiento.

El pensamiento sostenible se hace eco, entre otros, del testamento de Hans Jonas, quien pone el énfasis en la necesidad de autoembriamiento de la capacidad humana de intervenir, para orientarla o limitarla con criterios sabios, al objeto de no acabar la historia humana en autodestrucción. Es, en este clima cultural, desde donde debe interpretarse y entenderse la referencia cada vez más frecuente a la sostenibilidad como argumento y herramienta a introducir en las políticas territoriales, sirviendo en muchos casos como instrumento de legitimación de las mismas, tanto desde el punto de vista económico como ecológico.

Aunque la idea de la sostenibilidad, y sobre todo, su adaptación a las políticas urbanas a través de los sistemas de información basados en indicadores es relativamente reciente, sin embargo, tiene un largo recorrido que va más allá de su propia denominación. En este sentido, parece oportuno mencionar la obra de Kevin Lynch, quien, a pesar de ser citado por muchos urbanistas sobre todo en el ámbito del diseño y de la forma urbana, apenas es reconocido por sus geniales intuiciones, a la hora de afrontar el problema de lo urbano². El trabajo de Lynch nos

² Mientras que su libro *La Imagen de la Ciudad* ha tenido gran influencia en los urbanistas, sobre todo en las Escuelas de Planificación y Diseño, no ha sucedido lo mismo con su obra *La Buena Forma de la Ciudad*, que nos introduce ideas claves para entender teóricamente el problema de la sostenibilidad actual, y sobre todo la utilización de sistemas de indicadores como criterios de información operativos.

pone de manifiesto dos importantes ideas de cara al problema de formulación de indicadores; en primer lugar, la idea de establecer un marco normativo de la ciudad ya que las formas urbanas no son neutrales respecto a su capacidad para satisfacer las necesidades, lo que conlleva necesariamente la búsqueda de un marco de referencia desde el que juzgar la información obtenida a través de los indicadores; y, en segundo lugar, la introducción como criterio normativo de análisis de la forma urbana, el concepto de *vitalidad*, entendido por el autor como: «*la capacidad que tiene un territorio para proporcionar medios de subsistencia y perpetuarse sobre la base de dos metacriterios: eficacia y justicia*». La vitalidad se convierte desde nuestro punto de vista en la antecámara del concepto de sostenibilidad.

Esta breve justificación de la importancia de la *sostenibilidad* como criterio orientador de las políticas urbanísticas, obedece a la generalización de los sistemas de información que intentan operacionalizar este concepto y abordarlo creando indicadores ex profeso. Existen tantas definiciones de la sostenibilidad y del desarrollo sostenible como autores, es más, estamos ante la típica definición operativa en la que está más claro qué parte de la realidad queda fuera del concepto que la que lo integra. Así por ejemplo, nadie duda que indicadores como: «cantidad de suelo regenerado» o «% de viviendas que tienen instalados sistemas eficientes de ahorro energético» formen parte de una posible lista de indicadores de sostenibilidad, pero, ¿hasta qué punto pueden incluirse en esta misma lista indicadores como: «tasa de desempleo» o «tasa de criminalidad» por muy importantes que sean? (Sustainability Indicators for Birmingham, 1999). Este es uno de los problemas más importantes a solucionar, cómo conjugar informaciones que obedecen a criterios de orientación divergentes y, a veces, contradictorios, y cómo priorizarlas.

Sea como fuere, lo cierto es que la sostenibilidad ha sido la última dimensión introducida en la confección de sistemas de indicadores urbanos. Desde esta perspectiva, la ciudad es entendida como un complejo *ecosistema* que metaboliza ingentes cantidades de recursos territoriales, energéticos, económicos y sociales provocando una huella ecológico-urbana (urban ecological footprint, Rees 1992) muy superior a su tamaño.

De acuerdo con esta visión sistémica, tal como señala el UNCHS, (United Nations Centre For Human Settlement, Habitat II, 1996, «*Global Report on Human*») la idea de sostenibilidad desde el punto de vista de la utilización de indicadores de información, nos remite a una serie de cuestiones que sirven de criterios guías para su selección. Son los siguientes:

1. La necesidad de medir la calidad de vida de los habitantes, haciendo particular hincapié en la existencia de niveles de pobreza, de exclusión social y del logro de una estabilidad sociopolítica.
2. La escala de utilización de los recursos no renovables, teniéndose en cuenta la capacidad de reciclaje y el grado de reducción de este tipo de recursos.
3. La escala y naturaleza de la utilización de los recursos renovables, incluyéndose en este apartado las provisiones realizadas para asegurar niveles sostenibles de demanda, como por ejemplo, el aprovisionamiento de agua corriente, así como el nivel de huella ecológico necesaria para soportar los asentamientos urbanos.
4. La escala y la naturaleza de los residuos no reutilizables generados a través de la producción y el consumo, así como los referentes al impacto que este tipo de materiales tiene sobre la salud, el medioambiente y las actividades de ocio. (UNCHS, 1996:424)

Desde la perspectiva de la sostenibilidad ha habido una avalancha de proyectos y de propuestas relacionadas con la necesidad de elaborar sistemas de indicadores sostenibles que, en mayor o en menor medida, son herederos de aquel ya viejo, pero importante, informe de la UNESCO denominado *Hombre y Biosfera* que sirvió de base para la realización de una análisis integrado de los sistemas urbanos. Caben destacar entre otros:

Cuadro 1.3

Propuestas de creación de sistemas de indicadores basados en la idea de la sostenibilidad

1. 1996 - Conference on Human Settlement (UNCHS), *Global Report on Human Settlements, 1996 (Hábitat II)*. Informe preparatorio para la Conferencia Hábitat II en la que se incluyen un amplio abanico de indicadores. El capítulo 4 titulado *Condiciones medioambientales y tendencias* está dedicado específicamente a la problemática del desarrollo sostenible en las ciudades.
2. 1996 - UNSTAT. *Indicadores de Desarrollo Sostenible. Marco y Metodologías*. Constituye un excelente compendio en el que se da una visión global de los sistemas de indicadores, no sólo en cuanto a su enunciación, sino también respecto a la metodología y criterios de selección. Destaca a este respecto la diferenciación de los indicadores según sean Indicadores de Impulso, de Estado, y de Reacción.

3. 1996 - GLOBAL URBAN OBSERVATORY dependiente de la UNCHS, *Urban Indicators Programme*. Se trata de una lista de 124 indicadores distribuidos en 6 módulos: Desarrollo socioeconómico, Infraestructuras, Transporte, Gestión medioambiental, Gobierno Local y Vivienda. De esta especie de Observatorio se pueden extraer excelentes indicadores y, dada la gran cantidad que se proponen, pueden ser perfectamente sustituidos en casos de necesidad.

4. 1995 - EEA (Agencia Europea del Medio Ambiente) - *Informe Dobris*. Resumen de la situación del medioambiente en Europa, elaborado por recomendación de la Conferencia Ministerial de Bergen en mayo de 1990, Dublín 1990 y posteriormente en Dobris, 1991, de donde salió este informe basado en 55 indicadores de los que sólo se utilizaron 20 y sirvieron para hacer la evaluación según los datos de 1992.

5. 1998 - EEA (Agencia Europea del Medio Ambiente) - *Medioambiente en Europa. Segunda Evaluación*. Estado del medioambiente relativo a las 12 problemáticas más importantes recogidas en el informe anterior. El capítulo 11 está destinado al Medioambiente urbano.

6. 1999 - COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS - Dirección General XVI - Propuesta de creación de *Auditorías urbanas* en 58 ciudades a partir de un sistema de indicadores que abarca 21 dimensiones. Uno de los aspectos más novedosos que se contemplan en esta propuesta es la de considerar indicadores relativos a subunidades urbanas de inferior nivel a la ciudad.

7. 1999 - INTERNATIONAL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT - WINNIPEG (CANADA) - *Indicators for Sustainable Development: Theory, Method, Applications*. Constituye sin duda alguna uno de los estudios más interesantes acerca de los Sistemas de Indicadores. El autor, Hartmut Bassel, es un especialista que aborda el problema de la selección de indicadores.

Fuente: Elaboración propia.

En resumen, la proliferación de sistemas de indicadores de todo tipo en una especie de mezcla indiscriminada, pone de manifiesto una serie de aspectos sobre los cuales pivota de forma más o menos latente la problemática de los indicadores urbanos.

1. La ciudad entendida como una *estructura social* que se refleja en el espacio y donde las preocupaciones por los problemas vinculados a la desigualdad social, a las diferencias entre una y otra parte de la ciudad, etc., plantean el problema de utilizar indicadores que combinen distintos niveles de análisis, de tal forma que permitan comparar unos barrios con otros a efectos de apreciar las diferencias más significativas. Desde esta perspectiva, la aportación de los estudios sobre la estructura urbana diferen-

ciendo los indicadores según su carácter local, urbano o metropolitano parece básico.

2. En consonancia con la planificación estratégica, conviene señalar la importancia que adquiere la información relativa a los flujos urbanos a fin de incrementar la capacidad de adaptación de las ciudades a los nuevos retos. Si, desde la perspectiva de los indicadores relativos a la ciudad como estructura parece que no existen grandes discrepancias en cuanto a su selección e interpretación de indicadores como por ejemplo: distribución de la renta, precio de la vivienda, tasas de pobreza y de paro por barrios; no sucede lo mismo con relación a los indicadores de flujos como: tasas de motorización, kilómetros. de autopistas por habitante y similares. Aquí entramos en contradicciones y fuertes conflictos en cuanto a su interpretación y análisis como se verá más adelante.
3. Cabe resaltar la importancia que ha adquirido en los últimos años la idea de la sostenibilidad y las políticas afines como factor/es estratégico/s de primer orden. Aunque esta dimensión está estrechamente vinculada a la capacidad de gestión del patrimonio medioambiental y a la capacidad existente para ser involucrada con éxito en las políticas urbanas, también hace referencia a la dimensión subjetiva de la existencia humana, asimilándose la idea de la sostenibilidad con la de la calidad de vida percibida por los sujetos y, consecuentemente, con el problema de cómo los ciudadanos sienten que las mejoras medioambientales afectan a su vida cotidiana más allá de las grandes decisiones políticas.

2. La selección de los indicadores urbanos: Algunos problemas metodológicos

A pesar de las orientaciones teóricas señaladas en el capítulo anterior, lo cierto es que existen innumerables sistemas de indicadores difícilmente asimilables y comparables entre sí. En unos casos, se debe a la naturaleza de la información requerida; en otros, a la existencia de fuertes discrepancias en los términos utilizados, o al carácter localizado de los indicadores, haciendo imposible cualquier intento de comparación. Lo cierto es que en cuanto sobrepasamos indicadores tan básicos como densidad y volumen de población nos encontramos con verdaderos problemas a la hora de la medición.

Desde el punto de vista metodológico el problema de la selección de indicadores podría resumirse en la vieja idea de Lazarsfeld, para

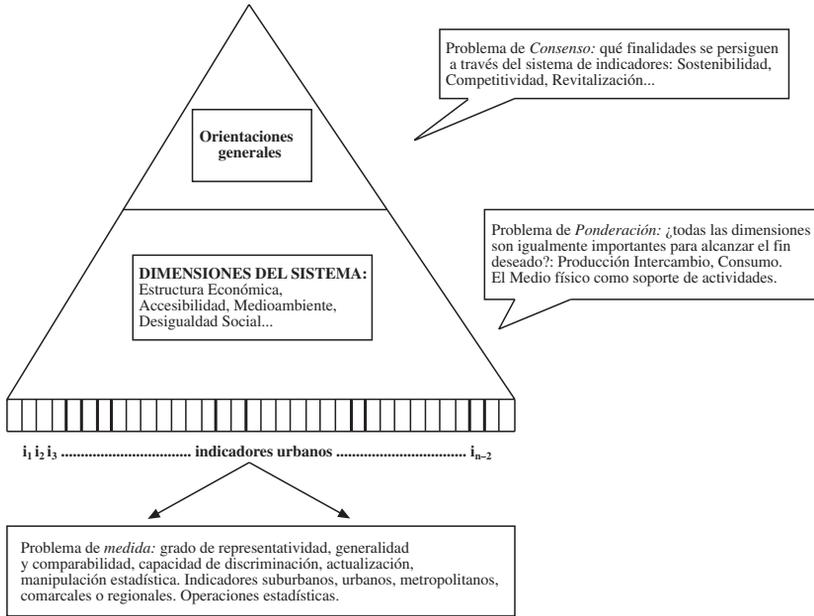
quien: «*La determinación de variables capaces de medir objetos complejos, exige seguir siempre un proceso típico*». Este proceso permite expresar los conceptos en términos de índices empíricos y comprende *cuatro fases* principales del modo siguiente:

- 1.^a fase. *Representación literaria del concepto*. Hace referencia a la necesidad de determinar qué es un sistema de indicadores, qué se pretende medir y, en qué medida existe un modelo teóricamente aceptado que recoge las dimensiones más importantes involucradas.
- 2.^a fase. *La especificación de las dimensiones*. Hay que dilucidar qué dimensiones van a ser objeto de medición. Si todas son igualmente importantes o existe algún criterio de prioridad entre ellas. También es importante ponerse de acuerdo en el contenido de las dimensiones. Cuando se habla de calidad de vida a qué nos referimos: a poseer muchos coches o a tener un sistema de equipamientos eficiente.
- 3.^a fase. *Selección de indicadores*. A los sistemas de indicadores desprovistos de criterios metodológicos les pasa lo que señalaba K. Popper en su célebre libro *La lógica de la Investigación Científica afirmaba*: «*Si al investigador le encomendaran “registre lo que está pasando”, no sabría si debe registrar que oye tañir las campanas o el ruido de los coches al pasar*». Toda notación científica sin criterios de valor no sirve, ya que toda observación, todo registro de datos, constituye un punto de vista selectivo, discriminador; en definitiva, orientado teóricamente. ¿Puede aceptarse por ejemplo, un indicador aparentemente tan neutral como: «*número de viviendas construidas en el último año*», aun cuando estas viviendas hayan sido construidas en los últimos espacios disponibles de áreas densamente pobladas en un contexto de recesión demográfica como el actual?
- 4.^a fase. *Establecimiento de índices*. Pone de manifiesto la necesidad de adoptar un punto de vista de sistémico en la construcción de los sistemas de indicadores. Los índices nos permiten discriminar sintéticamente la situación de los asentamientos urbanos en función de los objetivos definidos en el propio sistema.

Un esquema general de estas fases aparece reflejado en la figura 2.1.

La figura muestra de forma resumida los pasos más importantes a dar a la hora de proceder a la construcción del sistema de indicadores. El procedimiento es el siguiente:

Una vez representado el sistema de indicadores como modelo que implica, por una parte, la concatenación de una serie de tareas para la selec-



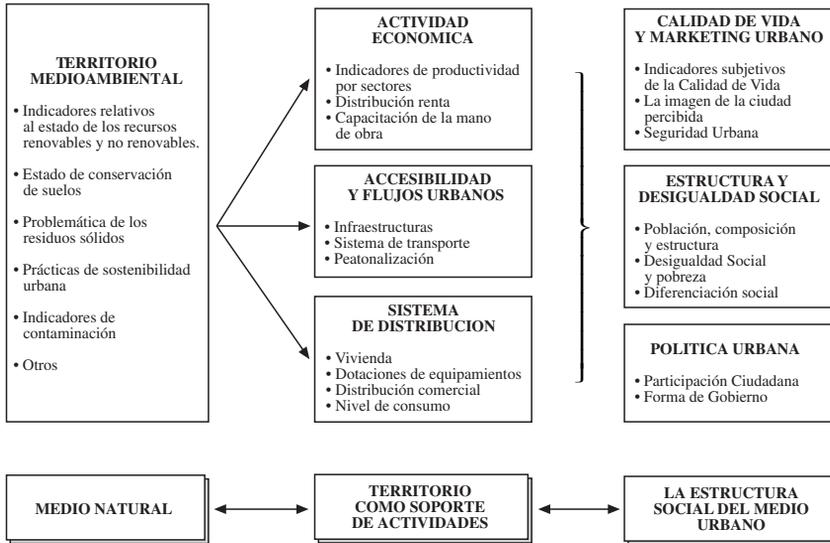
Fuente: Elaboración propia.

Figura 2.1

Esquema metodológico de los sistemas de indicadores

ción de los indicadores (Figura 2.1); y, por la otra, involucrar una serie de dimensiones (ver Figura 2.2.) de acuerdo con los siguientes criterios:

1. *Establecimiento de las orientaciones generales.* No existen sistemas de indicadores efectivos si no sabemos muy claramente qué es lo que estamos buscando. Las orientaciones generales, por utilizar un término de Merton, permiten establecer los criterios teóricos que inspiran el sistema. Una ciudad puede crear un sistema de información para saber en qué medida aumenta o disminuye la desigualdad social en su seno, o para tratar de compararse con otras de su entorno inmediato a fin de medir el grado de desarrollo económico y social, o, por el contrario, para saber si ha aumentado o disminuido la calidad de vida en los últimos años. Responder a este tipo de preguntas no es simplemente una mera especulación teórica, sino que afecta decisivamente a la naturaleza, disposición y carácter de los indicadores a elegir.



Fuente: Elaboración propia.

Figura 2.2

Dimensiones de los sistemas de indicadores según las dimensiones de análisis

En relación al establecimiento de las orientaciones generales del sistema de indicadores cabe señalar que *cuanto más se busca discriminar a los diferentes sistemas urbanos en función del acceso a determinados recursos estratégicos, menor suele ser la capacidad de generalización*. Por esto, sistemas de indicadores básicos, contruidos sobre la base de criterios más o menos generales a nivel mundial (indicadores tipo Habitat II) apenas sirven cuando nos situamos en la órbita de las ciudades más desarrolladas donde lo que se busca es la ventaja competitiva frente a la adversaria. Especialización y generalidad son dos criterios contradictorios.

2. *Determinación de las dimensiones a considerar en el sistema de indicadores.* Aunque es imposible establecer un modelo general válido en todos los casos y en todas las situaciones, la incorporación de dimensiones objeto de evaluación ha ido de la mano de las preocupaciones surgidas en los últimos años. De este modo, los sistemas de indicadores han ido incorporando indicadores en la medida que se ha juzgado de interés incluir nuevos aspectos en la valoración del hecho urbano.

La selección de las dimensiones está en estrecha relación con la orientación global del sistema, sobre todo en cuanto al papel que juegan a la hora de determinar cuáles son más o menos importantes y en qué sentido van a ser consideradas a la hora de su medición. Pongamos un ejemplo, nadie duda que la accesibilidad es un valor estratégico en una ciudad y que, cuanto mayor es ésta en mayor medida mejora su posición estratégica. Ahora bien, la accesibilidad como dimensión a considerar entra —o puede entrar— en colisión con la sostenibilidad ya que las infraestructuras no son neutras en relación a la calidad de vida y al impacto territorial. Consecuentemente, lo que para algunos un buen indicador de accesibilidad será medir la longitud de autopistas disponibles, o el número de coches existentes; para otros será el número de aparcamientos disuasorios o la superficie peatonalizada. Pero, esto que es evidente en el caso de la accesibilidad, también afecta a otros ámbitos o dimensiones aparentemente más neutrales como la vivienda o los equipamientos. La definición de las dimensiones con su carga conceptual es determinante a la hora de su enjuiciamiento y tratamiento estadístico.

3. *La selección de indicadores.* Los indicadores se definen como aquellas medidas que muestran la situación en la que se encuentra una dimensión dada, o una parte de ella, comprendida dentro de las áreas que componen los aspectos más relevantes del desarrollo urbano. Cuando se habla de indicadores, normalmente se habla de sistemas de notación, de registros, bien sean éstos estadísticas expresadas en términos objetivamente medibles, como por ejemplo, ratios tipo densidad de población, o, porcentajes de viviendas superiores a un determinado tamaño; bien medidas que expresen una realidad percibida de forma subjetiva como por ejemplo, respuestas en forma de escala ordinal sobre el grado de satisfacción de la población en relación a la utilización de un determinado equipamiento urbano. En resumen, se trata de información relevante sobre un área de interés.

Para que los indicadores sean metodológicamente aptos se requiere la concurrencia, al menos idealmente, de una serie de condiciones de carácter metodológico:

- Que sean medidas *pertinentes*, es decir, que representen adecuadamente las dimensiones que dicen representar. Esta cualidad está estrechamente vinculada al grado de generalidad. Uno de los grandes problemas que presentan los sistemas de indicadores es

que, según quienes sean los autores del mismo, introducen un tipo u otro de indicadores y, en muchos casos, esta relevancia choca frontalmente con otras exigencias metodológicas, como es el grado de representatividad. Por poner un ejemplo, el indicador «*estimación del número de salmones existente en los ríos*» (Seattle, 92) por muy importante que pueda ser para medir el estado del medioambiente, siempre tendrá muchas más dificultades de extrapolación a otros contextos que el indicador «*% de especies amenazadas sobre el total de especies autóctonas*» (Hábitat II, 1996).

- Que sean *fiabiles*, es decir, que tengan calidad desde el punto de vista estadístico. Aquí nos encontramos con dos situaciones claramente diferenciadas: indicadores de carácter censal, cuya fiabilidad es relativamente alta, frente aquellos otros de carácter muestral y que, debido a las limitaciones propias del tamaño de la muestra utilizada, plantean a veces enormes problemas de representatividad
- Que sean susceptibles de diversos *niveles de agregación*. No podemos olvidar que existen indicadores que pueden ser desagregados a nivel de barrio, mientras que otros son de carácter provincial. Cuanto mayor sea la capacidad de desagregación, mayor utilidad tendrá la información proporcionada por el indicador.
- Que sean *comparables*. Una dimensión muy importante de los sistemas de indicadores es saber cómo nos situamos en relación a otras áreas territoriales y en qué medida podemos disponer de datos similares. La utilización de los sistemas de indicadores estratégicos ha afianzado esta cualidad. Como se ha dicho al comienzo, desde las publicaciones iniciales del DATAR hasta el afianzamiento actual de Bases de datos tipo INFOREGIO está planeando la necesidad de traducir los indicadores de unos sistemas de registros a otros.
- Que tengan una cierta *estabilidad temporal*. Los indicadores son útiles en la medida que permiten establecer series temporales que nos indican la evolución de los sistemas urbanos. Uno de los grandes problemas que plantean los sistemas vigentes es que tienen muy poca antigüedad. En la medida que todo sistema de indicadores no deja de ser sino un observatorio para medir la evolución urbana, la perspectiva temporal se nos antoja poco menos que imprescindible.
- Que tengan *capacidad de discriminación* de la *dirección*. Uno de los aspectos más delicados de los sistemas de indicadores es el determinar la capacidad de discriminación del indicador, enten-

didada ésta como el menor/mayor conocimiento respecto a la dirección correcta del sistema urbano de acuerdo con las metas o finalidades a alcanzar. Indicadores como «Tasa de pobreza», «distribución de la renta» o «m²/habitante de equipamientos públicos» no plantean ningún problema en cuanto a su capacidad discriminatoria, pero no sucede lo mismo con indicadores tan básicos cómo: «densidad de población», «% de personas comprendidas entre 25 y 40 años» cuyo poder discriminatorio es muy bajo. La capacidad de discriminación tiene una fuerte carga valorativa y plantea una disyuntiva en la compresión de los sistemas: ¿qué es mejor, elegir indicadores que proporcionan información básica o, por el contrario, centrarse en aquellos otros que no siendo tan básica, sin embargo, hacen referencia a recursos que discriminan a unos grupos sociales frente a otros? Este es en síntesis el dilema a resolver.

- Por último, señalar la importancia que tiene una definición *normativa* de los indicadores idóneos a incluir en el sistema. Desde esta perspectiva, se hace énfasis en indicadores deseables de acuerdo con las metas a alcanzar. Generalmente esta necesidad de seleccionar indicadores deseables choca frontalmente con la existencia de información disponible. Gran parte de los indicadores de sostenibilidad pertenecen a esta categoría.

En el cuadro 2.1 se intenta resumir la calidad de los indicadores según el criterio utilizado:

2.1. *La ambigüedad de lo Urbano desde la perspectiva de los sistemas de indicadores*

Existe un problema que gravita en torno a la utilización de los sistemas de indicadores y es el relativo al ámbito territorial de referencia. Se trata de un problema que atraviesa sutilmente el discurso, la mayor parte de las veces de forma no explícita, y que, a mi juicio, pervierte en parte los resultados de este tipo de instrumentos de medida.

Aunque se ha mencionado de forma indirecta, la utilización de sistemas de indicadores en los estudios sobre la estructura urbana, tenían como referencia común la identificación del área objeto de estudio al espacio construido, al espacio urbanizado, a lo que genéricamente se denominaba ciudad diferenciado de lo rural, del espacio considerado como no urbano. Es cierto que estas diferencias eran, en unos casos, un tanto artificiales; en otros, relativamente forzadas. La literatura urbanística está llena de debates en torno a la controversia urbano-rural,

Cuadro 2.1

Comparación de los indicadores según los distintos criterios utilizados en la selección

Grupo de indicadores	Pertenencia	Existencia de Datos	Capacidad de Desagregación	Comparabilidad	Series Temporales	Capacidad Discriminatoria	Desestabilidad
<i>1. Población urbana</i>							
1.1. Tamaño población	+	+	+	+	+	¿?	¿?
1.2. Densidad	+	+	+	+	+	¿?	¿?
1.3. Tasa natalidad	+	+	+	+	+	¿?	¿?
1.4. Esperanza de vida	+	+	+	+	+	+	+
1.5. Migraciones	+	+				¿?	¿?
<i>2. Territorio</i>							
2.1. Superficie	+	+	+	+	+	¿?	+
2.2. Superficie construida	+	+	+	+	+	¿?	¿?
2.3. Superficie no construida	+	+	+	+		+	+
2.4. Superficie a renovar	+	+	+	+		+	+
2.5. Precio del suelo	+	+	+	+	+	+	-
<i>3. Vivienda</i>							
3.1. Características del parque inmobiliario	+	+	+	+	+	+	¿?
3.2. Producción de viviendas	+	+	+	+	+	¿?	¿?
3.3. Sistemas de ayudas	+	+	+	+	+	+	+
3.4. Precio de la vivienda	+	+	+	+	+	+	+
<i>4. Desarrollo económico</i>							
4.1. Productividad	+	+	-	+	+	¿?	+
4.2. Mercado de Trabajo	+	+	-	+	+	+	+
4.3. Sectores de actividad	+	+	-	+	+	¿?	+
4.4. I+D	+	+	-	+	+	+	+
<i>5. Movilidad y accesibilidad</i>							
5.1. Infraestructuras	+	+	-	+	+	¿?	¿?
5.2. Sistemas de transporte	+	+	+	+	+	+	¿?
5.3. Volumen de tráfico	+	+	+	+	+	+	-
5.4. Zonas peatonales	+		+			+	+
5.5. Accesibilidad a equipamientos	+		+			+	+
<i>6. Medioambiente</i>							
6.1. Calidad del Agua	+	+	-	+	¿?	+	+
6.2. Calidad del Aire	+	+	-	+	¿?	+	+
6.3. Calidad acústica	+	+	-	+	¿?	+	+
6.4. Contaminación del suelo	+	+	-	+	¿?	+	-
<i>7. Flujos urbanos</i>							
7.1. Producción y consumo energía	+	+	+	+	+	+	¿?
7.2. Consumo de agua	+	+	+	+	+	+	-
7.3. Aguas residuales	+	+	-		¿?	+	-
7.4. Producción, reciclaje y tratamiento de los residuos sólidos urbanos	+	+	-		¿?	+	+
7.5. Soportes para la transmisión de nuevas tecnologías	+		-		¿?	+	+
<i>8. Calidad de vida</i>							
8.1. Indicadores subjetivos de Calidad percibida	+		+		-	+	+
8.2. Grado de satisfacción con los equipamientos	+		+		-	+	+
8.3. Seguridad Ciudadana	+				-	+	+
8.4. Pobreza y Exclusión Social	+		+	+	+	+	-
<i>9. Participación y política urbana</i>							
9.1. Indicadores de participación ciudadana	+		+		-	+	+
9.2. Tejido asociativo	+		+		-	+	+

Fuente. Elaboración propia.

y a la vigencia o no de mantener este tipo de clasificaciones que, como sostienen muchos autores, no son ni más ni menos que divisiones aparentes de una realidad mucho más profunda ligada a la división territorial del trabajo.

Pero, volviendo al tema que nos ocupa, el hecho de ceñirse este tipo de estudios al espacio construido sobre la base, bien sea del Standard Metropolitan Area (SMA) o de otras divisiones político administrativas un tanto si se quiere artificiales, tenía al menos una virtualidad, suponía una homogeneización de la realidad territorial sobre la cual se extraía la información pertinente. Esto posibilitaba que la selección de los indicadores a realizar fuera perfectamente coherente con el tipo de realidad territorial a describir, propiciando la comparabilidad de resultados, al menos, en ciudades ubicadas en contextos territoriales más o menos similares.

No es extraño pues, que los investigadores y estudiosos de los fenómenos urbanos estuviesen convencidos de que era posible establecer una teoría general de los fenómenos urbanos sobre la base de la extrapolación de los resultados obtenidos utilizando los sistemas de indicadores. Sólo cuando trataron de comparar estudios realizados en contextos muy diferenciados se dieron cuenta de que esta teoría general de los procesos urbanos era prácticamente imposible. Pensemos, por ejemplo, en estudios realizados por Janet Abu-Lughod en ciudades como El Cairo, Brian Berry en Calcuta, Denis Mc.Elrath en Roma o el que suscribe en Bilbao, que, aunque ya tienen algunos años, muestran perfectamente los problemas que suscitan en la actualidad a los sistemas de indicadores.

En este sentido, la indefinición territorial existente provoca una mezcla indiscriminada de indicadores y de necesidad de información de muy diversa naturaleza. Si nos fijamos atentamente en la naturaleza de los indicadores recogidos en el Cuadro 2.2, unos son de carácter regional, otros urbanos, en otros, la información disponible está a nivel provincial, y podría decirse que indicadores como población o vivienda pueden referirse incluso a nivel de barrio o de sección censal. No es extraño entonces que la proliferación de sistemas de indicadores exprese esta diversidad. Así, se construyen sistemas de indicadores para medir el desarrollo regional, acuñándose el concepto de Ciudad Regional (Proyecto Cities), otras veces se trata de áreas metropolitanas, o de áreas funcionales, comarcales y así sucesivamente.

Seguimos creyendo que cuanto más desagregado sea un indicador mayor será su capacidad para reconstruir la estructura urbana y, por tanto, para apreciar las diferencias internas existentes; lo que sucede es

Cuadro 2.2

Clasificación de los indicadores según el ámbito territorial existente

Indicadores	Sección Censal	Barrio	Municipio	Metrópoli	Provincia	Comarca	Región/ Comunidad	España
1. <i>Población urbana</i>								
1.1. Tamaño y estructura	—	—	—	—	—	—	—	—
1.2. Nivel socioprofesional	—	—	—	—	—	—	—	—
1.3. Educación	—	—	—	—	—	—	—	—
1.4. Morbilidad			—	—	—	—	—	—
1.4. Natalidad, mortalidad y esperanza de vida			—	—	—	—	—	—
1.5. Migraciones			—	—	—	—	—	—
2. <i>Territorio</i>								
2.1. Superficie			—	—	—	—	—	—
2.2. Superficie construida			¿?	—	—	—	—	—
2.3. Superficie no construida			¿?	—	—	—	—	—
2.4. Superficie a renovar			—	—	—	—	—	—
2.5. Precio del suelo			—	—	—	—	—	—
3. <i>Vivienda</i>								
3.1. Características del parque inmobiliario	—	—	—	—	—	—	—	—
3.2. Producción de viviendas			—	—	—	—	—	—
3.3. Viviendas sociales			¿?	—	—	—	—	—
3.4. Precio de la vivienda			—	—	—	—	—	—
4. <i>Desarrollo económico</i>								
4.1. Productividad			—	—	—	—	—	—
4.2. Mercado de Trabajo			—	—	—	—	—	—
4.3. Sectores de actividad			—	—	—	—	—	—
4.4. I+D			—	—	—	—	—	—
5. <i>Movilidad y accesibilidad</i>								
5.1. Infraestructuras			—	—	—	—	—	—
5.2. Sistemas de transporte			—	—	—	—	—	—
5.3. Volumen de tráfico			—	—	—	—	—	—
5.4. Zonas peatonales			¿?	—	—	—	—	—
5.5. Accesibilidad a equipamientos			¿?	—	—	—	—	—
6. <i>Medioambiente</i>								
6.1. Calidad del Agua			¿?	—	¿?	—	¿?	—
6.2. Calidad del Aire			¿?	—	¿?	—	¿?	—
6.3. Calidad acústica			¿?	—	¿?	—	¿?	—
6.4. Contaminación del suelo			—	—	¿?	—	¿?	—
7. <i>Flujos urbanos</i>								
7.1. Producción y consumo energía			—	—	—	—	—	—
7.2. Consumo de agua			—	—	—	—	—	—
7.3. Aguas residuales			—	—	—	—	—	—
7.4. Producción, reciclaje y tratamiento de los residuos sólidos urbanos			—	—	—	—	—	—
7.5. Soportes para la transmisión de nuevas tecnologías			—	—	—	—	—	—
8. <i>Calidad de vida</i>								
8.1. Indicadores subjetivos de Calidad percibida			—	—	—	—	—	—
8.2. Grado de satisfacción con los equipamientos			—	—	—	—	—	—
8.3. Seguridad Ciudadana			—	—	—	—	—	—
8.4. Pobreza y Exclusión Social			—	—	—	—	—	—
9. <i>Participación y política urbana</i>								
9.1. Indicadores de participación ciudadana			—	—	—	—	—	—
9.2. Tejido asociativo			—	—	—	—	¿?	—

Fuente: Elaboración propia.

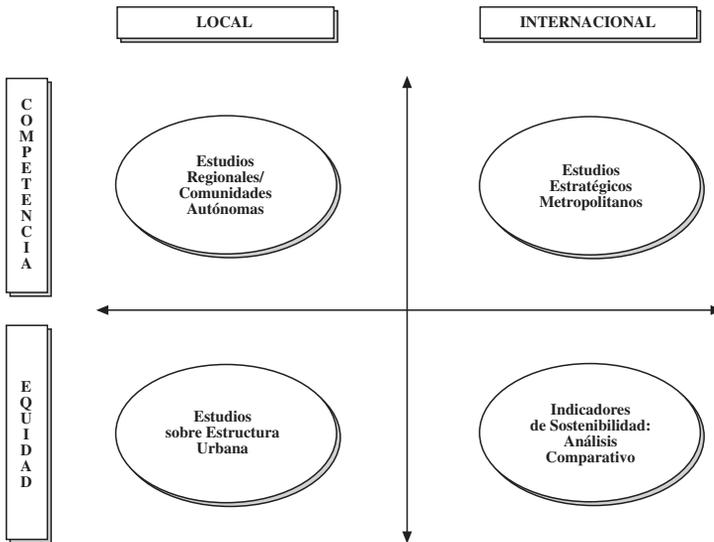
— Existen datos disponibles.

¿? En algunos casos.

que esto exige una previa delimitación conceptual, ya que no todos los indicadores tienen el mismo grado de flexibilidad. Por poner un ejemplo relacionado con los equipamientos de la ciudad, uno puede utilizar dos indicadores para medir la posición de la ciudad: «*N.º de congresos y de eventos de carácter internacional celebrados en la ciudad*» (DATAR) o «*Ratio número de actividades socioculturales realizadas en los equipamientos públicos por barrio*». (BARRIOS), la utilización de uno u otro da una perspectiva muy distinta de la realidad.

Teniendo en cuenta esto, y una vez analizados los tipos de indicadores en relación a las áreas territoriales en los que pueden desagregarse, nos encontramos con el cuadro 2.2 anterior.

Como se ve, la capacidad de utilización de indicadores es relativamente limitada, sobre todo, cuando sobrepasamos el ámbito local y nos proponemos comparar distintos sistemas urbanos ubicados en contextos espaciales muy diferentes. Esto nos permite comparar las investigaciones realizadas según dos criterios: su carácter local-internacional y la finalidad, y la finalidad que persiguen: competitividad versus equidad territorial. Con estos criterios los estudios se pueden agrupar en la siguiente figura:



Fuente: Elaboración propia.

Figura 2.3

Clasificación de los sistemas de indicadores

3. A modo de conclusión

En definitiva, y para concluir esta exposición, quisiera decir que la apelación a los sistemas de indicadores como herramientas de análisis, a pesar de todas las críticas que suscitan, críticas que van tanto a la necesidad de definir un marco teórico de análisis con un cierto nivel de consenso como a la hora de elegir indicadores e incluso a la hora de interpretar los resultados, constituyen un excelente complemento como herramienta de política urbanística a la que no hay que darle más valor que el que tiene. Lo que sucede es que los sistemas de indicadores, y más concretamente la incapacidad de utilizarlos debido a la falta de información en unos casos, a la no homogeneidad de la información recogida en otros, revela un problema más profundo que tiene que ver tanto con la falta de coordinación de las políticas estadísticas como con la falta de consenso a la hora de recabar la información. En cualquier caso, la existencia de infinidad de sistemas de indicadores de todo tipo hace más necesario tener en cuenta por una parte, aquel viejo principio weberiano según el cual, la realidad social aparece como un caos infinito de percepciones de todo tipo y que es el investigador, desde el atalaya de sus intereses, quien pone orden y da coherencia a esa realidad; por la otra, que los sistemas de indicadores son un instrumento limitado para medir una realidad compleja pero que pueden ser válidos si se distinguen los niveles de análisis y sobre todo los objetivos que se persiguen.

Toda esta exposición ha estado encaminada a mostrar cómo no existe la información ciega, sino orientada teóricamente, y cómo este carácter teórico, expresado en unos casos bajo la denominación de indicadores *estratégicos*, en otros, como indicadores de *desarrollo*, o también como indicadores de *sostenibilidad* es lo que da sentido y solidez al sistema en su conjunto. No es lo mismo, utilizar la información para conocer las ventajas competitivas frente a ciudades rivales que elaborar un sistema de información para medir el grado de igualdad/desigualdad de una estructura urbana concreta. La historia muestra que cuando se metamorfosea el sentido y significado de este tipo de herramientas, utilizándolas al servicio de intereses espurios, se cae en el error de absolutizar la información utilizada al precio de dar una visión esquemática y simplificadora de la realidad.

En cualquier caso, la existencia de indicadores de todo tipo y la incapacidad de comparar metodologías y resultados exigirá en lo sucesivo una labor de coordinación entre las diversas instituciones pero esto es de por sí objeto de otro debate.

Bibliografía

- BARCELONA, 1998, *Observatorio de Calidad*, Barcelona.
- BASSEL, Hartmut, 1999, *Indicators for Sustainable Development: Theory, Method, Applications*, IISD, Winnipeg, Canada.
- EEA (Agencia Europea del Medio Ambiente), 1995, *Informe Dobris* y 1998, *Medioambiente en Europa. Segunda Evaluación*.
- GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago, 1996, «*La globalización de la economía como motor de cambio económico-social y empresarial*», en la revista *Situación*, N.º 3, editada por el BBV, Bilbao, págs. 5-20:10).
- LEONARDO, J. y otros, 1992, *Sistema de Indicadores de Revitalización Metropolitana*, Bilbao Metròpoli-30, Bilbao.
- LEONARDO, J., 1989, *Estructura Urbana y Diferenciación Residencial. El caso de Bilbao*, CIS., Madrid.
- LEONARDO, J. y LAVIA, C., 1991, *La Localización residencial en Vitoria-Gasteiz*, Vitoria-Gasteiz.
- MADRID, 1993, *Plan Estratégico de Madrid*, Madrid.
- REES, W. 1992: «*Ecological Footprints and Appropriated Carrying Capacity. What Urban economics Leaves out*» en *Environment and Urbanization* IV/2, 121-130
- UNCHS (Global Urban Observatory), 1996, *Urban Indicators Programme*.
- UNSTAT, 1996, *Indicadores de Desarrollo Sostenible. Marco y Metodologías*.

FIDUCIA, NEGOCIO FIDUCIARIO Y TITULARIDAD FIDUCIARIA: UN RECORRIDO A TRAVÉS DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Gema Tomás Martínez

Profesora de Derecho Civil y de Derecho romano
Universidad de Deusto

Sumario: 1. La recepción de la *fiducia* en Derecho español. 2. La influencia de Jerónimo González. 3. La «segunda» recepción de la *fiducia*. 3.1. La teoría del doble efecto difundida por José Castán Tobeñas. 3.2. La doctrina ante el planteamiento fiduciario pandectístico. 4. El replanteamiento de la *fiducia* a través de la obra de Federico De Castro. 4.1. Percepción del negocio fiduciario por la doctrina y jurisprudencia contemporánea. 4.2. La eficacia jurídico-real de las operaciones fiduciarias. a) *Fiducia* de garantía (*fiducia cum creditore*). b) *Fiducia* de gestión o administración (*fiducia cum amico*). 5. El legislador frente al negocio fiduciario. 6. La aproximación del negocio fiduciario al negocio simulado. 7. Recapitulación.

En el Código civil español de 1889 no hay ninguna referencia a la institución romana de la *fiducia*, como tampoco aparece en ninguno de los grandes Códigos civiles europeos del siglo XIX. Ello tiene su explicación en la supresión de que fue objeto por parte de la comisión nombrada por Justiniano para la elaboración del Digesto. Dicha comisión entendió que la *fiducia* debía eliminarse de los textos romanos clásicos que fueron seleccionados al haber desaparecido totalmente de la vida postclásica romana¹.

Sin embargo, y a pesar de esta ausencia en los códigos modernos², la *fiducia* se ha incorporado a la realidad jurídica europea y en concreto

¹ Las principales fuentes de la *fiducia* romana son: Gai 2, 59-60 y 4, 62; *Pauli Sententiae* 2, 13 (FIRA, II, ed. J. Baviera, Firenze, 1940, pp. 341-342) y dos testimonios epigráficos de singular valor como la *Formula Baetica* y la *Mancipatio Pompeiana* (FIRA, III, ed. V. Arangio-Ruiz, Firenze, 1943, pp. 291-297). Ver comentarios de A. D'ORS, *Epigrafía jurídica de la época romana*, Madrid, 1953, pp. 431-446. Una revisión de las fuentes romanas sobre la *fiducia* puede verse en: NOORDRAVEN, B., *Die fiducia im römischen Recht*, Gieben, Amsterdam, 1999; JAKOBS, H. H., «Fiducia und Delegation (Paulus D.46,2,12 *more historico*)», *SZZ* (1993) pp. 370-426; y en la doctrina española FUENTESECA, P., «Líneas generales de la *fiducia cum creditore*» en J. PARICIO y otros, *Derecho romano de obligaciones*, Madrid, 1994, pp. 387-438.

² Es una excepción relevante la referencia a la *fiducia* que ha incorporado el nuevo Código civil holandés de 1992. Este cuerpo legal niega que las transferencias fiduciarias su-

a la del Derecho español. Su recepción se ha producido en nuestro caso a través de la jurisprudencia y de la doctrina en tres fases bien diferenciadas. En cada una de ellas, se ha dado un paso en la construcción de esta figura y en la adaptación a nuestro ordenamiento. Y todo ello de la mano de tres importantes juristas que han imprimido su peculiar manera de entender la *fiducia* y de encuadrarla en los principios que inspiran nuestro sistema jurídico, tal y como se expone en el presente trabajo:

1. La recepción de la *fiducia* en Derecho español

La *fiducia* aparece en España en la segunda década de los años veinte con ocasión de un recurso planteado en la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación a una adjudicación para pago de deudas hereditarias. Esta figura es una fórmula para hacer posible el pago de obligaciones en aquellos casos en que son varios los llamados a la sucesión y no hay metálico suficiente para su satisfacción. Se trata en estas circunstancias de atribuir a uno o a varios de los herederos (incluso a un extraño, si bien esto no es muy frecuente) los bienes que fueran precisos con el encargo de venderlos y pagar dichas deudas con su importe. Incluso puede darse excepcionalmente la circunstancia de que el adjudicatario las satisfaga con los propios bienes adjudicados (*datio in solutum*).

Constituye, por lo tanto, una solución alternativa a la liquidación conjunta por parte de todos los sucesores, cuyas diferentes voluntades acerca de cómo enajenar los bienes, pueden ser difíciles de armonizar. Por ello esta adjudicación fue una vía especialmente valiosa en tiempos pasados en los que el transporte y las dificultades de comunicación, por un lado, y el mayor número de hijos, por otro, complicaban en numerosas ocasiones la cuestión sucesoria del pago de las deudas. Se convertía

pongan transmisión de dominio. Cfr. Burgerlijk Wetboek (1992) 3:84 párrafo 3: «Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het oed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed.» («A juridical act which is intended to transfer property for purposes of security or which does not have the purpose of bringing the property in the patrimony of the acquirer, after transfer, does not constitute a valid title for transfer that property», trad. J.G. VAN REIGERSBERG VERLUYS-B. MORENO QUESADA, *Derecho patrimonial neerlandés*, Málaga, 1996). En opinión de H. ANKUM, «Principles of Roman law absorbed in the New Dutch Civil Code», in *Právníká fakulta Masarykovy univerzity* (1994) p. 205 y p. 212, se trata de una reforma impulsada por las decisiones del Tribunal Supremo. Sobre el mismo tema: Idem, «Das *Fiducia*-verbot des niederländischen zivilgesetzbuches con 1992», en *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, Salisburgo, 13-15 settembre 2001, a cura di L. Vacca (Torino 2003).

en un intrincado asunto que se prolongaba durante largo tiempo, encareciendo los gastos y dilatando la rápida satisfacción de los acreedores del causante. En la actualidad, sin embargo, las circunstancias mencionadas han cambiado sustancialmente y la adjudicación para pago de deudas hereditarias ha caído en desuso.

Pues bien, esta institución atípica, dado que carece de regulación sustantiva, fue precisamente la puerta de entrada de la *fiducia* en nuestro Derecho. La Dirección General de los Registros y del Notariado acudió a ella en el año 1922 para resolver un recurso relativo a la misma³.

La Dirección General tomó en consideración el hecho mismo de que al adjudicatario se le asignara uno o más bienes, no para incorporarlos a su patrimonio, sino con el encargo principal de pagar las deudas hereditarias, bien con ellos, haciendo entrega de lo adjudicado a los acreedores (*datio in solutum*) o bien, como antes se ha dicho, vendiéndolos y pagando con el precio obtenido, lo más habitual en el proceder práctico de esta figura. Sin duda alguna, no hay en rigor una asunción de deuda por parte de los adjudicatarios, ni siquiera interna entre los coherederos. De ser así, estaríamos ante una institución diferente, en la que tendría lugar una transmisión onerosa al adjudicatario a cambio de la deuda que se asume. En la «adjudicación para pago», en cambio, la Dirección General de los Registros y del Notariado constató que se trataba de un encargo para enajenar (*ad alienandum*) en nombre propio (*nomine proprio*), esto es, sin concesión de poder por parte de los coherederos. Precisamente esa ausencia de *contemplatio domine*, resultaba ser el elemento en el que radicaba la dificultad dogmática de la figura: de un lado, el heredero era un mandatario; pero de otro, parece que el adjudicatario debía necesariamente adquirir los bienes y convertirse en propietario de los mismos, si bien con carácter provisional o transitorio, para poder enajenarlos después. La utilización del término «adjudicar» inducía a confusión y parecía favorecer la segunda de las posiciones.

Para superar esta disyuntiva este órgano recurre a la *fiducia*. El resultado fue la Resolución de 14 de junio de 1922 y es la primera deci-

³ Se cuestionaba en el asunto las facultades de una comisión integrada por varios herederos adjudicatarios que habían llevado a cabo diferentes enajenaciones de los bienes adjudicados, aunque no habían accedido al Registro. Posteriormente, tras la muerte de la mayor parte de sus miembros, se había nombrado a una segunda comisión que pretendía anular los actos realizados por aquellos (JC 1922/87). En adelante, las citas jurisprudenciales responden a los siguientes repertorios: JC = Colección completa de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, ed. Reus, y desde 1950 por el Ministerio de Justicia; RJ = *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*; AC = Actualidad Civil.

sión jurídica en España sobre ella, que permite explicar el *agere proprio nomine* en el doble sentido: el aspecto obligacional, derivado del compromiso asumido por el adjudicatario de pagar las deudas hereditarias, y el aspecto real, representado por la investidura al adjudicatario de las facultades necesarias para enajenar a terceros con plenas garantías. Desde entonces la doctrina hipotecaria califica de fiduciaria a esta adjudicación⁴.

Asimismo, resulta digno de mención lo acontecido con la jurisprudencia. La primera vez que el Tribunal Supremo califica un determinado negocio jurídico de fiduciario, lo hace también casualmente con ocasión de una adjudicación para pago de deudas hereditarias. Eso fue en la sentencia de 23 de mayo de 1935, que inaugura la doctrina jurisprudencial fiduciaria⁵, y aún hoy algunas de las resoluciones más recientes siguen recordando aquella vieja sentencia como la que diera carta de naturaleza en España al negocio fiduciario⁶.

Ahora bien, como la comprensión de este negocio no ha sido unívoca, ni es fácil que la *fiducia* encaje en el sistema causalista español, pronto apareció la dispersión doctrinal en torno a la misma⁷.

⁴ Pueden citarse principalmente a R.M. ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Barcelona, 1941, pp. 403-408; o la 2.ª ed., II, Barcelona, 1946, pp. 598-603, quien dio lugar a una expansión de la concepción fiduciaria de la adjudicación. Así, entre otros: F. GARCÍA MARTÍNEZ, *Derecho Hipotecario*, Valencia, 1942, p. 144; J.M. LÓPEZ TORRES, *Apéndice a la Legislación Hipotecaria de J. Morell*, I, Madrid, 1943, p. 126; I. DE CASSO ROMERO, *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1951, pp. 256-257 e *Idem*, *Diccionario de derecho privado*, I, Barcelona-Madrid, 1950, p. 203; A. SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1953, p. 358; J.M. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *Apuntes de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1953, pp. 243-244; A. COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.ª ed., Barcelona, 1956, p. 94; J.F. BONILLA ENCINA y J.M. CHICO Y ORTIZ, *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, I, Madrid, 1963, p. 432; C. DÍAZ GONZÁLEZ, *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1967, p. 147.

⁵ Se trataba de una partición hereditaria en la que se había formado una hijuela para pago de gastos de testamentaría integrada por varios bienes que se adjudican para pago de deudas en comisión a tres personas, solidariamente, quienes pagarán todo lo referente a este concepto y darán cuenta en su día a los seis herederos para que cada uno de ellos abone lo que corresponda proporcionalmente o reciban lo que sobre, siempre proporcionalmente en el caso de que el pago no llegue a dicha cantidad. (J.C. 1935, 45).

⁶ Cfr. STS de 3 abril de 1995 (Sala 3.ª). RJ 1995/3343.

⁷ Y con ella la oscuridad sobre la adjudicación para pago de deudas que no pocas veces ha sido calificada de compleja. Así se pronuncia la DGRN en las Resoluciones de 14 de junio de 1922 (JC 1922/ 87, Considerando 2.º) y 26 de diciembre de 1946 (JC 1946/ 67), y la STS de 23 de mayo de 1935 (JC 1935/45, Considerando 1.º). Sobre este negocio, puede verse TOMÁS MARTÍNEZ, G., *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2000.

2. La influencia de Jerónimo González

Antes de entrar en la evolución de la *fiducia* en España, es obligado detenernos en el jurista a quien se debe tal recepción, ya que se produce la interesante casualidad de que detrás de la Resolución citada de la DGRN de 14 de junio de 1922 y de la sentencia del TS de 23 de mayo de 1935 se encuentra la misma persona, Don Jerónimo González⁸.

Este ilustre hipotecarista accedió a la Dirección General en 1906 y su función principal fue la de intervenir en la resolución de los recursos. Fue asesor de todos los directores de este órgano y de los diferentes Ministros de Justicia. Cuando se dictó la resolución de 1922, ocupaba el cargo de Jefe de la Junta de Fiscales y elaboraba las propuestas de todas las resoluciones⁹. Por tanto intervino de modo principal en el contenido de la que nos ocupa, pero precisamente por el puesto que desempeñaba, no aparece su firma estampada en ella¹⁰.

Posteriormente pasó a ser Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo y como tal, en el ejercicio de este cargo, tampoco solía estar su rúbrica en las resoluciones¹¹. De hecho no consta en la citada de 1935. Sin embargo su huella es clara y reproduce literalmente varios de los considerandos de aquella Resolución de 1922, con la excepción de los que resultaban especialmente confusos¹².

Es paradójico que en ninguno de los dos testimonios haya quedado reflejada expresamente la autoría de aquél a quien se debe la introduc-

⁸ Don Jerónimo González nace en Asturias (1875) y fallece en Madrid en 1946, año en que se aprobó la nueva Ley Hipotecaria, que incorporó los principios y construcciones elaboradas por este gran jurista. Puede verse un interesante retrato biográfico en PAU PEDRÓN, A., *Clarín, Ganivet, Azaña*, Madrid, 1994, pp. 131-ss, quien se lamenta de los escasos rastros de su vida. Asimismo, tras su muerte, se escribieron dos emotivas semblanzas dignas de mención: MORO LEDESMA, S., «Notas de una vida ejemplar», *RCDI* (1946) núm. 222, pp. 657-667 y LUIS DE GRANADA, L., «Don Jerónimo González», *RDPriv.* (1946) núm. 356, pp. 801-805, a la que puede añadirse la que forma parte del prólogo de una de sus obras recopilatorias: CASTÁN TOBEÑAS, J., «La personalidad, la metodología y la obra de Don Jerónimo González», en J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil*, t. I, Madrid, 1948, pp. IX-XXV. Según GRANADA, *ibid.*, había entrado a edad tardía en la Dirección General y se encuentra con una Ley Hipotecaria de inspiración germánica, pero carente de doctrina científica y acomete él sólo la tarea de crear una ciencia del Derecho y lleva a cabo la ordenación y construcción sistemática del Derecho inmobiliario.

⁹ MORO, *ibid.*

¹⁰ PAU PEDRÓN, *op. cit.*, p. 132. Apunta este autor que fue a través de esas resoluciones como fue avanzando el Derecho hipotecario (p. 153).

¹¹ *Ibid.*

¹² Desaparece el Considerando 5.º de la Resolución de 14 de junio de 1922 (ver TOMÁS, *op. cit.*, p. 60, nota 30).

ción de la *fiducia* en España¹³. En todo caso no extraña que sea un especialista en Derecho Registral quien por primera vez hable de *fiducia*, porque de la adjudicación para pago hasta ese momento sólo se habían ocupado los especialistas en esta rama del Derecho. La razón no era otra que la preocupación por la posible inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles adjudicados para pago de deudas hereditarias a nombre del heredero adjudicatario y la controvertida cuestión de si tal inscripción implicaba o no garantía real a favor de los acreedores del causante¹⁴.

En cuanto a la configuración fiduciaria pergeñada por Don Jerónimo ha de decirse que cuando habla de *fiducia*, no lo hace bajo el esquema romano actualizado por la doctrina alemana de finales del siglo XIX¹⁵. Si así hubiese sido, habría acudido al clásico planteamiento fiduciario basado en la combinación de dos actos jurídicos independientes entre sí: uno real, de transmisión plena, definitiva e ilimitada del dominio, con su correspondiente atribución patrimonial eficaz *erga omnes*; y otro obligacional, válido *inter partes*, que *constrñe* al adquirente para que

¹³ Late en ello además una cierta amargura cuando se tiene presente que por razones políticas fue destituido de su cargo durante la guerra civil y le fue abierto un expediente de depuración. Fue elegido Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo en 1931, cargo que ocupó hasta 1936. En 1939 se incorpora a la Dirección General de los Registros. Según relata PAU PEDRÓN, *op. cit.*, p. 92, durante la guerra civil, por su vinculación amistosa con el Presidente Manuel Azaña es perseguido por los dos bandos: en la zona republicana es detenido y encarcelado en la prisión de Gijón porque su destitución de la Presidencia del Supremo se interpreta como sanción a su ideología derechista; y en la zona nacional, porque su amistad con Azaña es aducida para obligarle a pasar por un expediente de depuración. Por ello (*ibid.*, 131) su expediente funcional no se conserva y en su lugar se halla el de depuración tras la guerra civil.

¹⁴ El mismo J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, «El titular», *RCDI* (1928) p. 284, la califica de cuestión muy oscura y discutida hasta entonces.

¹⁵ Según COING, H., *Derecho privado europeo*, t. II (siglo XIX), trad. A. PÉREZ MARTÍN, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, p. 526, la *fiducia* no tuvo en un principio ningún papel en la ciencia pandectística, la teoría de la *fiducia* se elaboró en las dos últimas décadas del siglo en conexión con la transmisión a título de garantía. Y en concreto se atribuye a Ferdinand Regelsberger la primera utilización del la expresión *fiduziarisches Rechtsgeschäft*, hacia 1880, según aparece en su trabajo titulado «Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession» publicado en *Archiv für die Zivilistische Praxis* (63, 1880). Pero algunos años antes Kohler ya hablaba de los llamados «negocios ocultos», en los que la transmisión de propiedad se utiliza para fines a los que no está destinada, contribuyendo a su difusión años más tarde al incluirlo en su sistemática romana actualizada. Según deja constancia F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971 (t. X, *Tratado Práctico y Crítico de Derecho civil*, reimpr. 1991), p. 396, se trata de la obra *Pandekten* (I B 1893). Sucesivamente la idea de negocio fiduciario se fue introduciendo en otras obras publicadas en Alemania. Destacan sobre todo M. DERNBURG, *Pandekten*, I, Berlín, 1894, § 100 y Fritz GOLTZ, *Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkurs-Rechtes*, Marburg, 1901.

actúe dentro de lo convenido, bien con una finalidad de garantía (*fiducia cum creditore*) o bien, de administración o mandato (*fiducia cum amico*), como es el caso de la adjudicación. Es decir, ésta llevaría consigo una transmisión abstracta de dominio unida al encargo de pago de las deudas con los bienes adjudicados o con su producto. El fiduciante (adjudicante) quedaría sólo con un derecho de crédito contra el fiduciario para exigirle el cumplimiento de la obligación asumida, sin que una infracción del mismo pudiera afectar a la transferencia de propiedad operada. En esta incongruencia entre medio y fin perseguido, el fiduciante no podría recuperar el bien aunque el fiduciario lo hubiera transferido a un tercero de mala fe, ni tampoco en supuestos de ejecución patrimonial. Se pondría de manifiesto la conocida desproporción entre medio y fin, típica del esquema romano, así como la posibilidad de abuso del fiduciario, que eran esenciales en el mismo.

Pero como bien sabía Don Jerónimo, este modelo no podía encajar en nuestro sistema causalista. Sólo sería en el caso de que admitiésemos una transmisión dominical abstracta. Por ello, opta por describir una *fiducia* «corregida», adaptada a nuestro Derecho y no una traslación literal del esquema inicial. Esto es algo notorio que encuentra su explicación, no sólo en el profundo conocimiento de los principios de nuestro Derecho, sino también en su excelente comprensión del idioma alemán y de la doctrina germánica de la época, que para principios de siglo XX ya había matizado el planteamiento inicial decimonónico de la *fiducia*¹⁶. Don Jerónimo profundizó en las principales obras alemanas del momento para plantear en la resolución de 1922 y en la sentencia de 1935 el modelo fiduciario más compatible con nuestro sistema. Esto explica además que ni en una ni en otra aparezca la palabra *fiducia*, sino la expresión más sutil «finalidad fiduciaria». Algo que con perspectiva histórica puede calificarse de premonitorio, como se verá más adelante.

Conforme a lo dicho, las decisiones de las que hablamos desdoblan la posición jurídico real del adjudicatario (fiduciario) en dos planos diferentes:

¹⁶ Don Jerónimo González tenía cuarenta años cuando aprendió bien la lengua alemana y el derecho alemán. Ya era buen conocedor del derecho francés e italiano, a pesar de que nunca salió de España. Ante muchos observadores era considerado un «extranjero» (como apuntan LUIS DE GRANADA, *op. cit.*, p. 803 y PAU PEDRÓN, *op. cit.*, p. 137). Como buen seguidor de la doctrina alemana, estuvo influenciado en la última etapa de su vida por la llamada Escuela de Tubinga (Max Rumelin y Philipp Heck) y la jurisprudencia de intereses (MORO, *op. cit.*, 663).

- Frente a terceros, sí parece que le atribuyen una titularidad real, que le permite disponer de los bienes con todas las garantías (arts. 20 y 34 LH).
- Pero frente al fiduciante-adjudicante, es decir, en las relaciones internas, prevalece su condición de mandatario.

Así, el adjudicatario (fiduciario) no es dueño material, pleno y absoluto, *erga omnes*, sino un «propietario formal», que no goza de los bienes sino que sólo tiene las facultades para disponer de ellos «en nombre propio», pero «en interés ajeno» a fin de pagar las deudas. Se disloca así su posición frente a terceros y frente a los adjudicantes, porque el propósito es sólo el de vender y pagar.

3. La «segunda» recepción de la *fiducia*

Después de esta recepción de la *fiducia* que se acaba de exponer, hubo una «segunda» recepción, pudiera decirse así, que es la que verdaderamente tuvo un efecto divulgador de la institución entre la doctrina y la práctica jurídica.

3.1. *La teoría del doble efecto difundida por José Castán Tobeñas*

Así como la primera recepción tuvo un protagonista, Jerónimo González, esta segunda también tuvo al suyo. Se trata de José Castán Tobeñas y coincide con el periodo de tiempo en el que ostentó el cargo de Presidente del Tribunal Supremo (1945-1967)¹⁷. A principios de 1944, la Sala Primera en la que desempeñaba su trabajo José Castán, dictó dos resoluciones (STS de 7 de enero de 1944 y 10 de marzo de 1944), con referencia implícita a la *fiducia*; pero fue fundamentalmente la sentencia de 25 de mayo de ese mismo año, la que emplea por primera vez la expresión «negocio fiduciario» y marca el comienzo de un nuevo periodo¹⁸.

¹⁷ D. José Castán Tobeñas (Zaragoza 1899-Madrid 1969) ingresó en la judicatura tras la proclamación de la República en 1933 al ser designado por el cuarto turno magistrado de la Sala de lo Social del Supremo. Un año después pasaría en 1934 a ocupar el mismo cargo en la Sala de lo Civil. Durante los años de guerra siguió desempeñando su cargo en la zona republicana, fue sometido a un tribunal militar y a dos expedientes de depuración como magistrado y como catedrático, sin ninguna consecuencia. En 1940 fue nombrado magistrado del Tribunal Supremo y en 1945 sustituye a Felipe Clemente de Diego como presidente del Tribunal Supremo. Dicho cargo lo ocupó hasta su jubilación en 1967 (ver A. SERRANO GONZÁLEZ, *Un día de la vida de José Castán Tobeñas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001).

¹⁸ RJ 1944/800.

José Castán recibe la *fiducia* de la doctrina italiana, en concreto de Francesco Ferrara, a diferencia de Jerónimo González que lo había hecho de la doctrina alemana. Ferrara había introducido a fines del XIX en Italia esta categoría siguiendo el modelo clásico¹⁹, en el sentido de que defendía la estricta división entre la transmisión de la propiedad y la obligación que asume el fiduciario en los términos antes vistos, es decir, dos actos jurídicos distintos e independientes entre sí²⁰. Este es el modelo que sigue la sentencia mencionada de 25 de mayo de 1944 que como dice Castán en su obra tiene «un sentido generalizado y constructivo» y que en España se fue conociendo con la expresión de «doble efecto»²¹.

No tuvo en cuenta Castán que en la misma Italia la posición de Ferrara era objeto de rechazo. Autores como Messina²² o Cariota Ferrara²³ habían apuntado ya, o lo estaban haciendo entonces, los obstáculos que existían para admitir en un sistema como el italiano (y lo mismo puede predicarse del español) un negocio fiduciario resultado de la unión de dos actos, uno real y otro obligacional, independientes entre sí, de suerte que el primero quede aislado y carezca de causa. Esto es algo inadmisibles en países que exigen la existencia de la misma²⁴.

¹⁹ Una exposición de sus ideas puede verse en una de sus obras más conocidas: *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. por R. Atard y J. de la Puente, 3.^a ed., Madrid, 1953, pp. 66-67; y se comenta en el prólogo a la segunda edición (p. XXII), que en origen esta obra se presentó en la Universidad de Messina para su Doctorado en 1899, publicándose al año siguiente.

²⁰ Para él, la transferencia de dominio es definitiva y no cabe revocarla en ningún caso. De ahí que el incumplimiento del pacto personal en nada le afecta (FERRARA, *op. cit.*, pp. 66-68). Siguiendo a Goltz, en caso extremo de quiebra o concurso del fiduciario, el fiduciante nada podía hacer para separar los bienes de la masa.

²¹ Esta denominación parece que fue acuñada por el Prof. De Castro en su famosa Conferencia pronunciada el 14 de noviembre de 1966, bajo el título de «El negocio fiduciario. Estudio Crítico de la Teoría del doble efecto», *AAMN* (1967) pp. 8-39. Ver también la reseña crítica en *RCDI* (1967) pp. 83-86. Esa Conferencia, crucial en el pensamiento jurídico español, está incluida la obra recopilatoria *Estudios Jurídicos del Prof. Federico de Castro*, II, Madrid, 1997, pp. 1045-1067.

²² G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, en *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, pp. 42 ss.

²³ L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. por ALBALADEJO, Madrid, 1956, pp. 197-212 y CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933.

²⁴ Apuntaba MESSINA, *op. cit.*, pp. 42 ss y p. 101, que la doctrina alemana había insistido en la voluntad de las partes como una de las razones que explicaban la transmisión de propiedad. Estas querían transferir el dominio aunque fuera para conseguir una finalidad más modesta (de administración o de garantía de una obligación). Pero dice Messina que en ello hay un cierto apriorismo conceptual que no responde a la realidad. Las partes quieren realmente transferir un derecho pero en consonancia con lo que pretenden conseguir.

Pero a pesar de que las ideas de Ferrara estaban en retroceso en Italia y de que eran de imposible encaje en sistemas causalistas, el doble efecto planteado por Castán se divulgó ampliamente a través de las sentencias del Tribunal Supremo²⁵ y de su magisterio académico²⁶.

Por tanto, en resumen, puede decirse que en España ha habido dos recepciones de la *fiducia*:

- La primera, en la que el fiduciario no es considerado propietario, sino que sólo ostenta una *propiedad* formal o de *aparente titularidad frente a terceros*, mientras que internamente el fiduciario no es un verdadero dueño.
- Y la segunda, más próxima al modelo romano, en la que el negocio fiduciario es la combinación de dos actos independientes entre sí, una transmisión real de dominio de la que el fiduciario resulta propietario *erga omnes* y un pacto que obliga a éste a actuar conforme a lo convenido. Ello supone un retroceso respecto a la anterior, incompatible con nuestro Derecho, pero que sin embargo desde los años cuarenta logra gran difusión, al menos para describir este tipo de negocios. No siempre los fallos judiciales llevaban hasta sus últimas consecuencias esta visión de la *fiducia*.

Además, la *fiducia* se desprende en esta fase de su conexión con la adjudicación para pago de deudas y se amplían las posibilidades negociales en las que la práctica jurídica aplica la estructura fiduciaria. Nos referimos fundamentalmente a la venta en garantía (*fiducia cum creditore*, en terminología romana)²⁷. La adjudicación ha ido perdiendo importancia práctica, pero ha seguido recibiendo la calificación de nego-

²⁵ La jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se describe la teoría del doble efecto aparece en las sentencias siguientes, además de la citada de 25 de mayo de 1944 (RJ 1944/800): 28 de enero de 1946 (RJ 1946/111); 23 de febrero de 1951 (RJ 1951/267); 3 de mayo de 1955 (RJ 1955/1561); 31 de octubre de 1955 (RJ 1955/3096); 10 de julio de 1957 (RJ 1957/2225); 5 de diciembre de 1959 (RJ 1959/ 4880); 8 de marzo de 1963 (RJ 1963/1628); 14 de marzo de 1964 (RJ 1964/1422); 11 de junio de 1964 (RJ 1964/3533) 15 de octubre de 1964 (RJ 1964/4451); 18 de febrero de 1965 (RJ 1965/882); 23 de junio de 1965 (RJ 1965/3913); 20 de noviembre de 1965 (RJ 1965/5387) y 14 de diciembre de 1965 (RJ 1965/5882).

²⁶ No ha de olvidarse que sus manuales de Derecho Civil (*Derecho civil español, común y foral*, ed. Reus, Madrid, 1941-1945. Ver *Apéndice a la 3.ª ed.*, 1945, I, pp. 155-161; igualmente 9.ª ed., I, vol. II, Madrid, 1955, pp. 512 ss) fueron utilizados durante décadas en las Facultades de Derecho y en los temarios de preparación de oposiciones.

²⁷ La jurisprudencia de los años 40, 50 y 60 (*Cfr.* nota 25) versa fundamentalmente sobre negocios de garantía bajo estructura fiduciaria.

cio fiduciario, si bien con diferentes percepciones por parte de la doctrina civilista²⁸ e hipotecaria²⁹.

3.2. *La doctrina ante el planteamiento fiduciario pandectístico*

A partir de los años cuarenta, como se acaba de decir, se difunde con gran aceptación esta visión del negocio fiduciario conocida como «teoría del doble efecto», etapa que se prolonga hasta los años sesenta en los que la *fiducia* vive su mayor auge.

Se publicaron en este periodo, fundamentalmente en la década de los cincuenta, diversos trabajos que intentaron con diversas argumentaciones acomodar al Derecho español la categoría fiduciaria, nacida en un sistema muy distinto al nuestro. Algo notablemente complicado. Los estudios versaban tanto sobre la modalidad de *fiducia* de garantía (*fiducia cum creditore*), como sobre la *fiducia* de gestión o administración (*fiducia cum amico*). Cabe mencionar los llevados a cabo por Navarro

²⁸ Algunos autores siguen la teoría del doble efecto, como R. RUIZ SERRAMALLERA, *Derecho civil. Derecho de Sucesiones*, II, Madrid, 1979, p. 306. Plantea una construcción dogmática del mismo como combinación de dos actos: uno de disposición, por el cual los herederos (fiduciantes) transmiten el dominio de algunos bienes de la herencia a favor de un coheredero o de un extraño (fiduciario), quien deviene propietario de los mismos, y otro obligacional, en virtud del cual el adjudicatario asume el compromiso de pagar todas o determinadas deudas de la herencia. Otros, disocian la posición jurídica del adjudicatario frente a los adjudicantes y frente a terceros, como hacen DIEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, 2.ª ed., Madrid, 1982, p. 742; y J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, V-3.º, 3.ª ed., Barcelona, 1991, p. 417. Por su parte, J.L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de sucesiones. Elementos de Derecho civil*, V, 5.ª ed., Barcelona, 1988 (reimpr. 1992) p. 132, considera que la figura puede calificarse de negocio fiduciario, o bien de mandato para pago. Constituye una excepción M. ALBALADEJO, «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», *AC*, núm. 36/4, oct. (1993) p. 665, que niega la condición fiduciaria de la adjudicación, como consecuencia del rechazo del negocio fiduciario mismo.

²⁹ La construcción fiduciaria de esta figura es sostenida por los hipotecaristas con diversos matices. Mencionemos a CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, 2.ª ed., Madrid, 1989, p. 1136 (Idem, II, 3.ª ed., Madrid, 1994, pp. 1010-1011); CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, I, 2.ª ed., Pamplona, 1974, pp. 192 y 197; y más claramente en la obra publicada posteriormente: *Examen de los actos jurídicos sobre inmuebles, en especial la capacidad*, Madrid, 1989, pp. 48-49. En esta última establece con claridad que para el adjudicante, la adjudicación no constituye un acto de enajenación, sino un complejo negocio de mandato de pago y de liquidación de bienes bastante para realizarlo; F.J. GÓMEZ GÁLLIGO, «Titularidades fiduciarias», *AC*, núm. 33/14, septiembre (1992) p. 550; C.A. CANO TELLO, *Manual de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, 1992, p. 153 e Idem, *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 141; y L. GONZÁLEZ MORÁN, en C. MORENO-LUQUE y otros, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1988, p. 77.

Martorell³⁰, Jordano Barea³¹, Garrigues Díaz-Cañabate³² y Albaladejo³³, entre otros³⁴.

Hubo un sector doctrinal que fue muy crítico desde el primer momento con la teoría del doble efecto y que prefirió la versión corregida de los años veinte de Jerónimo González. En esta línea trabajaron autores como Roca Sastre³⁵, Pérez González y Alguer³⁶, Hernández Gil³⁷, Lacal Fuentes³⁸, Sapena Tomás³⁹ y Vallet de Goytisoló⁴⁰. Pero incluso

³⁰ M. NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria. La fiducia histórica. Los modernos negocios fiduciarios. La propiedad fiduciaria*, Barcelona, 1950 (libro comentado por J.B., JORDANO BAREA, *ADC* (1950) pp. 1258-1265); y otras publicaciones como «Notas sobre el concepto y estructura de los negocios fiduciarios», *RDP* (1950) pp. 224-238; «Aislamiento de los negocios fiduciarios», *RGLJ* (1950) pp. 427-482.

³¹ JORDANO BAREA publicó sucesivos trabajos sobre el tema como: «Sobre el negocio fiduciario», *ADC* (1950) pp. 129-145; «Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario», *ADC* (1950) pp. 1258-1265; «Mandato para enajenar», *ADC* (1951) pp. 1458-1498 y la monografía *El negocio fiduciario*, Barcelona, 1959 (que fue en origen su tesis doctoral y había sido previamente publicada mediante artículos como: «El negocio fiduciario», *RDP* (1958) pp. 211-220; «Problemática del negocio fiduciario», *RDP* (1958) pp. 515-533; «Naturaleza y, estructura y efectos del negocio fiduciario», *RDP* (1958) pp. 827-836 y «Negocio fiduciario, negocio simulado, negocio indirecto», *RDP* (1958) pp. 1019-1032).

³² J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, en un Discurso pronunciado en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia el 12 de enero de 1955 bajo el título: «Negocios fiduciarios en Derecho Mercantil». Publicada ese mismo año, puede verse en la 2.ª reed., Madrid, 1981, p. 91. Consideraba que la recepción de la *fiducia* en España respondía a la «xenofilia» que a su juicio caracteriza al Derecho español.

³³ M. ALBALADEJO GARCÍA, *El negocio jurídico*, 1958, pp. 221-226; o en «La causa», *RDP*, abril (1958) pp. 315-328 (dedica en este trabajo al negocio fiduciario las pp. 326-328).

³⁴ Podemos citar los siguientes: F. BONET, «Algunas figuras afines al contrato de mandato», *RGLJ* (1948) pp. 633-673; L. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, «En torno al negocio indirecto y figuras jurídicas afines», *RGLJ*, XCVII (1949) pp. 289-292; E. VERDERA Y TUELLS, «Algunos aspectos de la simulación», *ADC*, III (1950) pp. 22-54; F. BONET RAMÓN, en el Prólogo a *La propiedad fiduciaria* de NAVARRO MARTORELL, Barcelona, 1950, pp. 13-19; J. LADARIA CALDENTEX, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, pp. 54-62; F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil*, I-2.º, Madrid, 1958, pp. 473-477 e *Idem*, *Compendio de Derecho civil español*, I, Barcelona, 1966, p. 596.

³⁵ R.M. ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, 1.ª ed., Barcelona, 1941, pp. 403-408, o la 2.ª ed., II, Barcelona, 1946, pp. 598-603. Este autor aplicó su teoría a la adjudicación para pago y hace una construcción de la adjudicación para pago en comisión o encargo, que se considera clásica, en la que entiende que el adjudicatario adquiere una «propiedad fiduciaria», si bien no queda del todo claro qué entiende por tal propiedad.

³⁶ PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en las *Anotaciones al Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS-KIPP-WOLL, I- 2.º, Barcelona, 1935, pp. 89-90.

³⁷ A. HERNÁNDEZ GIL, «Notas a Sentencias del TS de 10 marzo 1944 y 25 de mayo de 1944», *RGLJ*, junio (1945) pp. 690-701. Esas notas aparecen recogidas con nuevos comentarios en «El negocio jurídico fiduciario y su inicial reconocimiento por la jurisprudencia», en *Obras Completas*, III (Obligaciones), Madrid, 1988, pp. 595-603.

³⁸ P. LACAL FUENTES, «El tema del negocio fiduciario», *RDP*, octubre (1950) pp. 777-787.

³⁹ J. SAPENA TOMÁS, «Actualidad de la fiducia *cum creditore*», *RDN* (1957) pp. 125-212.

entre quienes aceptaron en un principio el doble efecto, autores como Jordano Barea y Albaladejo, no del todo convencidos con ella, buscaron la manera de explicar la transferencia plena *erga omnes* al fiduciario, de suerte que resultara coherente con los principios de nuestro ordenamiento. A tal fin construyeron una categoría de negocio fiduciario de forma unitaria con una causa, a la que llamaron *causa fiduciae*, que a su juicio permitía justificar la transferencia de propiedad al fiduciario. Una propiedad que sería una propiedad «normal», si así puede decirse. Encontraron la justificación a esta tesis en el principio de libertad contractual ex art. 1.255 y en el art. 609, cuya redacción parece acoger a su criterio un *numerus apertus* de negocios reales *quod effectum*⁴¹. El problema, sin embargo, estribaba en que esa *causa fiduciae* no podía escapar tampoco a la crítica en la medida en que no era sino un artificio que escondía un fin de garantía o de mandato, que es lo que constituye la verdadera relación jurídica *inter partes*. Y es evidente que ni uno ni otro fin pueden justificar en Derecho español una transmisión de propiedad.

No obstante esta pluralidad en el entendimiento del negocio fiduciario, lo cierto es que en esta etapa se divulga ampliamente y se consolida al amparo de la libertad negocial que rige en nuestro Derecho, a pesar de lo discutido de su efecto traditivo, verdadero nudo gordiano de la construcción fiduciaria.

4. El replanteamiento de la *fiducia* a través de la obra de Federico De Castro

Las tribulaciones que había generado la teoría del doble efecto empiezan a tocar a su fin merced a la intervención de Federico De Castro y Bravo, que bien pudiera ser visto como el tercer protagonista de este proceso de recepción jurídica.

⁴⁰ J. VALLET DE GOYTISOLO, «Determinación de las relaciones jurídicas respecto a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero», en *Estudios sobre derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, pp. 95-183 y 2.ª ed., I, Madrid, 1985, pp. 253-364.

⁴¹ Es Jordano Barea quien aplicó esa teoría fiduciaria al mandato *proprio nomine* para enajenar. Ver JORDANO BAREA, «Problemática...», *op. cit.*, pp. 526-531. También ver un trabajo posterior a las publicaciones antes relacionadas donde había construido su particular modo de entender el negocio fiduciario («Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente», *ADC*, XIX (1966) pp. 623-624). En este dictamen se refería a un negocio realizado por una persona acusada de parricidio, en el que transmite sus bienes a un sobrino con la intención, al parecer, de evitar la compleja administración tutelar que correspondería por condena accesoria de interdicción civil.

En una conferencia pronunciada en el año 1966, De Castro dismanteló las bases principales en las que se apoyaba dicha teoría y dejó bien sentado que no tenía ningún encuadre en nuestro Derecho⁴². Esas ideas las incorpora posteriormente a su obra sobre el negocio jurídico y marcan un hito en la percepción jurídica de la *fiducia*⁴³. El autor replantea la admisibilidad de la *fiducia* partiendo de la reflexión sobre cuál es la voluntad de las partes y la causa que persigue el negocio. De ello colige que la presencia del objeto en el patrimonio del fiduciario está en dependencia del fin que se persigue. Ni cumplir un encargo, como es el de pagar las deudas, ni garantizar un crédito, pueden ser títulos suficientes para justificar la adquisición de la propiedad.

Por ello De Castro prefiere hablar, no de «propiedad fiduciaria», sino de «titularidad fiduciaria», una titularidad subordinada al objetivo propuesto y, por lo tanto, provisional o transitoria. En este sentido podría calificarse de «titularidad formal». El autor evita utilizar la expresión «propiedad fiduciaria» dado que sólo cabe un tipo de propiedad y la que ostenta el fiduciario no encaja en él⁴⁴.

Puede decirse que aquella vieja Resolución de la DGRN de 14 de junio de 1922 y la Sentencia del Tribunal Supremo también citada de 23 de mayo de 1935, en las que estaba la impronta de Jerónimo González, iban bien encaminadas, por cuanto se proponían reconocer solamente una titularidad aparente en el adjudicatario (fiduciario) y en ningún caso una verdadera propiedad. En esa medida, si se diera el caso de una posible quiebra del fiduciario, por ejemplo, el fiduciante podría recuperar los bienes⁴⁵.

También en Italia la doctrina mayoritaria ha rechazado la construcción del doble efecto, incluso el negocio fiduciario mismo, y se prefiere hablar de «titularidad fiduciaria», aparente o formal, que cumple una

⁴² Se trata de la Conferencia pronunciada el 14 de noviembre de 1966 ya mencionada: «El negocio fiduciario. Estudio Crítico de la Teoría del doble efecto», *op. cit.*, pp. 8-39, donde pone de manifiesto que esa teoría es insostenible porque contradice y puede minar los fundamentos mismos del sistema español, como «engendro advenedizo y forastero, ajeno y contrario a nuestra secular tradición jurídica». Y también en Revista de Derecho Notarial (1966) núms. 53-54, pp. 7 ss.

⁴³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, (t.X, *Tratado Práctico y Crítico de Derecho civil*, reimpr.1991), pp. 388 y 409 ss.

⁴⁴ DE CASTRO, *ibid.*, pp. 409 y 421.

⁴⁵ Como bien dice CÁMARA, «Operaciones fiduciarias,... » *op. cit.*, p. 1779, la expresión «titularidad fiduciaria» sólo es una hábil estratagema nominal para conseguir los efectos de la propiedad formal sin mancillar la venerable designación de «propiedad».

función legitimadora para el tráfico jurídico frente a terceros, pero que no es esgrimible *inter partes*⁴⁶.

Las ideas de De Castro han ido calando en la doctrina y en la jurisprudencia a partir de los años ochenta fundamentalmente, superándose de forma progresiva el clásico planteamiento del doble efecto.

4.1. *Percepción del negocio fiduciario por la doctrina y jurisprudencia contemporánea*

En efecto, la revisión que hizo De Castro ha influido poderosamente en la doctrina. De un lado, autores que en el pasado habían defendido que el negocio fiduciario convertía al fiduciario en auténtico propietario, han cambiado su opinión. No falta incluso quien ha hecho incluso abandono público y expreso del doble efecto. Es el caso de Jordano Barea⁴⁷ y de Albaladejo⁴⁸ que se retractaron en la década de los ochenta de las opiniones que mantuvieron en otro tiempo. Puede decirse que se ha ido consolidando la opinión mayoritaria de que la transmisión fiduciaria no entraña una verdadera transferencia de propiedad. La expresión *causa fiduciae*, cuando aparece en el discurso jurídico, no lo es como causa de transmisión alguna. No hay más causa que aquella que responde al fin *inter partes* que persigue el negocio en cuestión y que

⁴⁶ Es el caso de CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico...*, *op. cit.*, p. 204, que declara abiertamente la inadmisibilidad de aquella teoría. Otros no se posicionan tan claramente como E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. por A. Martín Pérez, Madrid, s.f., o en «Negozio fiduciario», en *Nuevo Digesto Italiano*, XI, 1965, p. 220 e *Idem*, *Teoría generale del negozio giuridico*, 2.^a ed. corr. por G. Crifó, Napoli, 1994, pp. 315-320. En este país se ha propuesto para salvarlo una teoría próxima a la *treuhand*: Se ha pensado en la condición resolutoria, es decir, el fiduciario adquiere exclusivamente en función de un fin y si éste no se cumple, el fiduciante tiene la condición resolutoria que resuelve automáticamente su adquisición. Ver LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, § 69 pp. 420-427. Puede verse la recensión de la obra de LIPARI a cargo de M. FAIREN, *RDN*, núms. 45-46 (1964) pp. 502-506. La construcción de la teoría del doble efecto se apoyaba en la autonomía de la voluntad, es decir, en la idea de que las partes querían la transmisión de propiedad. Pero eso no es cierto, el propósito es lograr el fin de mandato, administración, consecución de crédito,... Este es uno de los argumentos que más han ayudado a refutar aquella teoría (Véase G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, en *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p. 101).

⁴⁷ JORDANO, en un comentario a una sentencia relativa a un mandato no representativo para adquirir: «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria (Notas sobre la STS de 16 de mayo de 1983 a la luz de la doctrina del Prof. Castro)», *ADC* (1983) pp. 1435-1436, se retracta de su opinión de juventud. Confiesa que cayó en un estéril conceptualismo por influencia de la doctrina italiana y desnaturalizó el sistema realista y causalista de nuestro Derecho en el que ha de prevalecer la verdad de lo querido y tiene primacía la causa. Se ratifica recientemente en «Las obligaciones solidarias», *ADC* (1992) pp. 847-873.

⁴⁸ Ver M. ALBALADEJO, «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», *AC*, núm. 36/4, octubre (1993) pp. 663-675.

básicamente, puede ser de garantía de una obligación (*fiducia cum creditore*), o de bien gestión, administración o mandato (*fiducia cum amico*).

La jurisprudencia, por su parte, también ha experimentado una evolución similar a la que ha vivido la doctrina. Durante mucho tiempo se dejó sentir la influencia de Castán, aún después de abandonar la presidencia del Alto Tribunal, de suerte que las resoluciones judiciales acudían al modelo del doble efecto para describir el negocio fiduciario, si bien es cierto que en raras ocasiones han sido coherentes con ella hasta llegar a mantener sus consecuencias más graves. Esto es, en supuestos de ejecución del fiduciario sobre los bienes objeto de *fiducia*, los fallos judiciales no le consideran normalmente como propietario verdadero y permiten al fiduciante la recuperación de los mismos. Lo que significa que la consideración de dueño no va más allá de lo formal o instrumental. En este sentido es claro el fallo de 8 de marzo de 1963 que habla de *dominium impropium dictum* y no consideró al fiduciario en las relaciones *inter partes* como propietario⁴⁹. Eso no obsta para que puedan citarse algunas sentencias en las que se le califica como propietario *erga omnes*, pero en su conjunto puede decirse que este criterio ha sido excepcional⁵⁰.

La absorción definitiva de la tesis de De Castro se produce en los años ochenta, cuando se difunden sus ideas. En concreto, dos sentencias del Tribunal Supremo de comienzos de esa época, de 19 de mayo de 1982 y de 2 de junio de ese mismo año⁵¹, proclaman claramente el abandono de la teoría del doble efecto, simultáneo al retroceso doctrinal de la misma que se produce en esa época⁵². No obstante, durante un tiempo la jurisprudencia sigue describiendo al negocio fiduciario con las líneas principales del doble efecto⁵³, como si fuera una rémora nominal de la que le cuesta desprenderse y abdicar de ella, algo que va haciendo en los últimos tiempos⁵⁴.

⁴⁹ RJ 1963/1628. Llega a idéntica conclusión C. FUENTESECA, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1997, que considera que la mayoría sólo siguen la doctrina del doble efecto aparentemente.

⁵⁰ Pueden citarse las SSTs de 14 de marzo de 1964 (RJ 1964/1422); 11 de junio de 1964 (RJ 1964/3533); 18 de febrero de 1965 (RJ 1965/8822); 4 de diciembre 1976 (RJ 1976/5249, un caso de *fiducia cum amico*) y otras posteriores como la STS de 27 de junio de 1980 (RJ 1980/2414) y la más reciente de 9 de diciembre de 1981 (RJ 1981/5153).

⁵¹ Cfr. STS de 19 de mayo de 1982 (RJ 1982/2580) y 2 de junio de 1982 (RJ 1982/3402). Véase el estudio al respecto de CÁMARA, «Operaciones fiduciarias,...», *op. cit.*, p. 1785.

⁵² Cfr. los estudios de JORDANO y ALBALADEJO (notas 47 y 48).

⁵³ Cfr. SSTs de 14 de febrero de 1996 (RJ 1996/1253) o 5 de julio de 1996 (RJ 1996/5576).

⁵⁴ Cfr. Entre las sentencias más recientes: STS de 15 de julio de 2003 (RJ 2003/4462) y STS de 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6149).

Las resoluciones más actuales consideran que el negocio fiduciario «consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado “fiduciario”, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista»⁵⁵. Aclaran otras resoluciones que el fiduciario «no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener su causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al “fiduciario” para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente en estos “negocios” de que el “fiduciario” abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades no en utilidad o beneficio del “fiduciario” [...]».⁵⁶

4.2. La eficacia jurídico-real de las operaciones fiduciarias

Por lo tanto, la tesis de que el fiduciario no se convierte en propietario, es la que prevalece en la actualidad; sin perjuicio de que la *fiducia* tenga una cierta eficacia real muy limitada, que se traduce de forma diferente según los tipos de *fiducia* (de garantía y de gestión). Y ciertamente es obligado distinguir entre una y otra porque la de garantía responde principalmente al interés del fiduciario, que impone el negocio fiduciario al fiduciante que quiere conseguir su propósito (de ordinario, un crédito); mientras que en la *fiducia* de gestión, el interés principal suele ser el del fiduciante⁵⁷. En adelante presentaremos el perfil de cada una de las dos especies fiduciarias teniendo en cuenta la jurisprudencia dictada en los últimos años:

a) FIDUCIA DE GARANTÍA (*FIDUCIA CUM CREDITORE*)

La validez de esta operación es reconocida por la jurisprudencia de forma explícita y reiterada como modalidad de *fiducia cum creditore*. Se trata de un negocio atípico de garantía, muy frecuente en la práctica,

⁵⁵ Cfr. STS de 5 de marzo de 2001 (RJ 2001/3972) y 17 de julio de 2001 (RJ 2001/6860).

⁵⁶ Cfr. STS de 22 de febrero de 1995 (RJ 1995/1700) y STS 28 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10283).

⁵⁷ Destaca en la delimitación de ambas figuras los estudios realizados por S. CÁMARA LAPUENTE. Véase al respecto y principalmente: «Operaciones fiduciarias,...», *op. cit.*, pp. 1795-1814.

que utiliza la fórmula de la compraventa simulada. Esto es, una escritura pública de compraventa a favor del acreedor (fiduciario) y un documento privado, normalmente firmado en la misma fecha que queda oculto *inter partes* en el que se reconoce que el verdadero propietario es el deudor (fiduciante), el cual tiene derecho a la restitución del bien cuando cumpla la obligación garantizada⁵⁸.

Respecto a la cuestión de la transmisión dominical entre deudor y acreedor, los tribunales afirman que no puede entrañar verdadera transferencia de propiedad porque falta el título idóneo, ya que si la venta se realiza en función de garantía, carece de eficacia transmisiva. A lo que da lugar ese negocio es a una titularidad formal y no definitiva⁵⁹. De esto se deduce que el fiduciario *inter partes* no es propietario ni puede llegar a serlo por usucapión (le faltaría justo título, buena fe y posesión a título de dueño)⁶⁰.

No obstante, es posible la inscripción registral a nombre del fiduciario, a pesar de la existencia del pacto fiduciario, que a tenor del art. 38 de la Ley Hipotecaria sólo tiene el valor de presunción *iuris tantum* y, por consiguiente, se neutralizaría por prueba en contrario⁶¹. Si el fiduciario no es propietario del bien, no debería disponer del mismo a favor de terceros. Si lo hace, la transmisión sería nula en atención a que nadie puede dar más de lo que tiene (*nemo dat quod non habet*), sin perjuicio de la protección a la apariencia jurídica en el caso de que hubiese una enajenación a título oneroso a una persona que desconociese la mera titularidad formal del enajenante (buena fe)⁶².

Cuestión diferente es la dinámica del negocio fiduciario como negocio de garantía. Cuando el fiduciante cumpla con la obligación garantizada, el fiduciario debe restituir el bien o derecho, y aquél tiene un derecho «de rescate» o «de recuperación», que podría hacer efectivo

⁵⁸ Pueden citarse la STS de 15 de junio de 1999 (RJ 1999/4474); STS de 15 de julio de 2003 (RJ 2003/4462); STS de 5 de diciembre de 2001 (RJ 2001/9934); STS de 26 abril de 2001 (AC, núm. 35, 2001); STS 14 de mayo de 1990 (RJ 1990/3729) que afirman la validez de la venta en garantía, porque se admiten en nuestro Derecho las garantías atípicas, incluso mediante la formulación de negocios complejos, la utilización de negocios indirectos u otros mecanismos jurídicos.

⁵⁹ En este sentido véanse las SSTS siguientes: 14 de marzo de 2002 (RJ 2002/2476); 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/1586); 17 de julio de 2001 (RJ 2001/ 6860); 7 de mayo de 1991 (RJ 1991/3583); 14 de febrero de 1996 (RJ 1996/1253); 28 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7919); 19 de mayo de 1989 (RJ 1989/3780).

⁶⁰ En este sentido: STS 28 de mayo de 1990 (RJ 1990/4088); STS 16 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8612); STS 5 de marzo de 2001 (RJ 2001/3972) y STS 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6419).

⁶¹ Cfr. STS de 31 de octubre de 2003 (RJ 2003/7977).

⁶² Cfr. STS 6 de junio de 1995 (RJ 1995/5054).

mediante la acción reivindicatoria. Los tribunales suelen reconocer al fiduciario un *ius retentionis* (derecho de retención oponible *ope exceptionis*)⁶³. El problema se plantea cuando el fiduciante no cumple con su obligación, entonces debe desplegar sus efectos. Al respecto ha de tenerse presente que está prohibido el pacto comisorio, que se considera aplicable a todos los negocios de garantía, y por lo tanto también a éste (por analogía del art. 1.859 CC), en orden a evitar un fraude de ley. Así se ha pronunciado la DGRN, que no admite el pacto comisorio en la venta en garantía⁶⁴. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin embargo, no es unánime. En alguna ocasión ha admitido la apropiación (utiliza la expresión «consolidación») del dominio del acreedor fiduciario⁶⁵, si bien en muchas lo ha rechazado y condena el pacto comisorio⁶⁶, de modo que el fiduciario no puede hacer suyo el dominio sobre el bien que tiene en garantía, sino que debería acudir a las normas que regulan los procedimientos legalmente establecidos para la realización forzosa del crédito y devolver el *superfluum* al fiduciante. Esas normas son de *ius cogens* y de interés público⁶⁷.

Por último, es obligado hacer alusión a la hipótesis que siempre ha sido piedra de toque en materia fiduciaria: una posible ejecución, universal o particular que afectase al titular fiduciario⁶⁸. En el caso de quiebra de éste, el fiduciante debe tener derecho de separación de los bienes dados en *fiducia* para poder recuperarlos, porque es el verdadero dueño. Si se tratase de un embargo de los bienes en cuestión, podría ejercitar una tercería de dominio. No obstante hay jurisprudencia que ha considerado embargable los bienes fiduciados por deudas del fiduciario, en contra de lo que a mi juicio debe ser una interpretación fidu-

⁶³ Este derecho de retención se ha admitido en las SSTS siguientes: de 8 marzo de 1988 (RJ 1988/1607); 7 de marzo de 1990 (RJ 1990/1674); 6 julio de 1992 (RJ 1992/6186); 13 de mayo de 1998 (RJ 1998/5413); 4 de julio de 1998 (RJ 1998/5413); 15 de junio de 1999 (RJ 1999/4474).

⁶⁴ Véase la resolución de la DGRN de 5 de junio de 1991 (RJ 1991/4649).

⁶⁵ Pueden citarse las SSTS de 30 de junio de 1998 (RJ 1998/5294) y 7 de marzo de 1990 (RJ 1990/1674) sobre consolidación de dominio por el fiduciario.

⁶⁶ *Cfr.* STS de 22 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9748); 15 de junio de 1999 (RJ 1999/4474); 13 de mayo de 1998 (RJ 1998/3687); STS de 26 de abril de 2001 (AC núm. 35, 2001) y 4 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10424).

⁶⁷ Ver SSTS de 10 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10135) y 13 de mayo de 1998 (RJ 1998/3687). En alguna ocasión sí parece haberse admitido la variante del pacto comisorio, el llamado «pacto marciano», en el que el valor del bien o derecho transmitido en garantía sea proporcionado al de la deuda, y se pacta con los plazos oportunos la consolidación correspondiente, siempre que se haga una valoración objetiva de la cosa.

⁶⁸ Al respecto la clásica obra de JAEGER, P. G., *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968.

ciaria ortodoxa⁶⁹. Así, recientemente la sentencia de 17 de septiembre de 2003 no admite la tercería de dominio del fiduciante ante el embargo por parte de la Agencia Tributaria del bien dado en fiducia en poder del fiduciario por entender que el pacto fiduciario privado no puede producir efectos contra terceros, sólo *inter partes*, y por lo tanto, que no puede ser opuesto a tercero que lo desconociese en aras a la protección a la buena fe⁷⁰. Vuelve el viejo problema que en su día se planteaba la pandectística alemana. Parece que según esta resolución judicial «para los terceros de buena fe existe una transmisión real, no han de sufrir las consecuencias de unos pactos internos sobre la auténtica finalidad de aquella transmisión que desconozcan». Además la buena fe se presume, y deberá probar el fiduciante que el tercero conocía la existencia del pacto fiduciario.

b) *FIDUCIA DE GESTIÓN O ADMINISTRACIÓN (FIDUCIA CUM AMICO)*

Como hemos dicho antes, esta modalidad de *fiducia* se establece en interés del fiduciante, para que el fiduciario realice determinadas gestiones (puede ser un mandato de enajenar —como antes se ha visto en la adjudicación para pago de deudas—, de adquirir⁷¹, tareas de administración⁷² o en relaciones societarias⁷³...).

La jurisprudencia sobre esta modalidad presenta un abanico de situaciones variadas que se presentan como negocios relativamente simulados, que esconden donaciones entre cónyuges, parientes, o personas ligadas por razones afectivas⁷⁴; o bien transmisiones motivadas por razones fiscales o instrumentales como las STS de 10 de febrero de 2003⁷⁵, 13 de

⁶⁹ Véase las SSTS de 12 de febrero de 1988 (RJ 1988/9934); 15 de junio de 1999 (RJ 1999/4474); 17 de julio de 2001 (RJ 2001/6860); 5 diciembre de 2001 (RJ 2002/9934).

⁷⁰ RJ 2003/6149.

⁷¹ Por ejemplo para litigar en subasta y obtenido el remate, transmitir la propiedad al mandante (STS 24 de marzo de 1997, RJ 1997/2477).

⁷² Ver STS de 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9494) acerca de la titularidad formal o fiduciaria de una expendedoría de tabaco; o la STS de 19 de junio de 1992 (RJ 1992/5362) sobre fundadores fiduciarios de una sociedad mercantil.

⁷³ Como es la cesión de acciones a una persona de confianza para ejercer el derecho de voto en interés del fiduciante, figura próxima al *voting trust* (sobre ésta y otras figuras de aplicación de la *fiducia* en el ámbito societario, véase CÁMARA, «Operaciones fiduciarias», ... *op. cit.*, pp. 1822-1833 ss). Pueden citarse varias sentencias sobre contratos por los que se ponen acciones de una sociedad a nombre de otro: STSJ Cataluña de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003/6509); STS 4 de julio de 1998 (RJ 1998/5413); STSJ Navarra 23 de octubre 1997 (RJ 1997/8274) y del mismo tribunal, 20 de febrero de 1997 (RJ 1997/834).

⁷⁴ STS de 14 de julio de 1994 (RJ 1994/6395) sobre donación fiduciaria a una hija.

⁷⁵ AC núm.27, 2003.

febrero de 2003⁷⁶, o 31 de octubre de 2003⁷⁷, en las que se escritura a nombre de persona distinta del comprador por razones extrajurídicas existiendo un documento privado a favor del comprador. Estamos en estos casos ante la figura del «testaferro» como explícitamente lo reconocen los tribunales⁷⁸.

Y en ese sentido está legitimado para actuar frente a terceros con la apariencia de titularidad que le confiere la *fiducia*. Actuará *proprio nomine* como si fuera dueño del bien dado en *fiducia* y no habrá conexión entre terceros y fiduciante. Es el caso clásico de la adjudicación para pago de deudas hereditarias a través del cual se produjo la primera recepción de la *fiducia* en nuestro Derecho (art. 1.717.2.º CC)⁷⁹.

Ese interés del fiduciante justifica, a juicio de Cámara Lapuente, que tenga más posibilidades de recuperar el bien. Desde luego, podrá hacerlo si hay incumplimiento de lo pactado, pero a su entender también puede hacerlo cuando lo desee, sin necesidad de alegar causa alguna, basta con que lo requiera el fiduciante o los herederos⁸⁰. Si el fiduciario se opone, podrá ejercitar el fiduciante una acción reivindicatoria amén de la indemnización por incumplimiento (art. 1.101 CC), sin derecho de retención salvo para garantizar el reembolso de gastos generados durante su gestión⁸¹. En realidad, la esencia de esta figura no es otra que el mandato. En cuanto a posibles procedimientos ejecutivos de terceros acreedores: en caso de quiebra del fiduciario, el fiduciante tiene derecho de separación y procederá la restitución del bien.

5. El legislador frente al negocio fiduciario

Como se ha podido ver a lo largo de este trabajo, doctrina y jurisprudencia han elucubrado a lo largo del siglo XX acerca del alcance de la *fiducia*. Las diferentes tesis van y vienen buscando una explicación que permita admitir en nuestro sistema una institución que siendo ajena al mismo penetra para dar encaje a ciertas operaciones negociales.

⁷⁶ AC núm. 29, 2003 o RJ 2003/1046.

⁷⁷ RJ 2003/7977.

⁷⁸ Ver las SSTs de 5 de julio de 1989 (RJ 1989/5396); 21 de marzo de 1995 (RJ 1995/2051); 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8784) y 19 de junio de 1997 (RJ 1997/5418).

⁷⁹ O bien de deudas no hereditarias como el caso visto en la STS de 16 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10770) sobre transmisión de fincas para pago de todas los acreedores con el producto de la explotación e incluso con el de su venta, si resultara insuficiente.

⁸⁰ STS 30 octubre de 10003 (RJ 2003/7977).

⁸¹ STS 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8784).

La legislación civil, entre tanto, se ha mantenido al margen de todo pronunciamiento sobre la posibilidad de transmisión dominical que pudiera contener el negocio fiduciario. Solamente lo ha hecho en una ocasión, a fin de que la Iglesia, Ordenes y Congregaciones religiosas pudieran recuperar los bienes que habían traspasado durante la Segunda República a terceras personas para ponerlos a salvo de la persecución del poder republicano. Eran claros ejemplos de *fiducia cum amico*. Las leyes de 11 de julio de 1941 y de 1 de enero 1942 establecieron un procedimiento especial para rectificar las inscripciones hechas en el Registro de la Propiedad u otros Registros públicos, bancarios, mercantiles o particulares, a nombre de los interpósitos o testaferros que hubieran desaparecido⁸². Estas normas no fueron dictadas con pretensiones dogmáticas pero es claro que dejaban en evidencia que el fiduciario no podía alegar una posición dominical y tanto él como sus herederos debían restituir los bienes a la entidad religiosa correspondiente. Años después, el Decreto-ley 24/62 de 28 junio de 1962, amplió el procedimiento a toda persona natural que hubiera realizado una operación de este tipo para que pudiera recuperar sus bienes o derechos⁸³.

El Código civil español carece de una declaración determinante acerca de la eficacia jurídico real de las operaciones fiduciarias, a pesar de que es y sigue siendo un negocio muy utilizado en la práctica, tanto en la modalidad de venta en garantía, antes visto, como en la modalidad de gestión-administración, sobre todo en el ámbito mercantil⁸⁴. Merecería por ello más atención del legislador.

Fuera del Derecho común, debe destacarse el Derecho civil de Navarra (Compilación o Fuero Nuevo de Navarra de 1973) que regula la *fiducia cum creditore* en la Ley 466 en los términos siguientes: «Por la fiducia de garantía se transmite al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terce-

⁸² Ley de 11 de junio de 1941 (*Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi* núm. 1295) sobre inscripción de bienes en los Registros de la Propiedad que aparezcan inscritos a nombre de personas interpuestas y ley de 1 de enero de 1942 (*Ibid.*, núm. 57) sobre declaración de propiedad y libre disposición de sus valores y bienes muebles.

⁸³ *Ibid.*, núm. 1228.

⁸⁴ Según MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, «Repercusiones fiscales de algunos negocios fiduciarios», Ponencias y Comunicaciones al VII Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1987, pp. 147-152, en los últimos años, a resguardo del desarrollo económico están proliferando ciertas compañías financieras que siguen la pauta de los negocios fiduciarios, es decir, del engranaje de una transmisión de propiedad y de un pacto *inter partes*, reconociendo que el dominio sigue detentándolo el transferente, mientras que el ente financiero aparece externamente como adquirente. Ver también el dictamen de L. DíEZ-PICAZO titulado: «Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios», en *Dictámenes jurídicos*, Madrid, 1981, pp. 25-65.

ro». Se trata de una institución singular abierta a cualquier tipo de bienes y con admisión de cualquier fórmula para la transferencia de los bienes o derechos al fiduciario. Según opina Cámara Lapuente, sigue los rasgos de la *fiducia* romana, de transmisión *erga omnes* o de la teoría del doble efecto y permite la apropiación del bien por el acreedor en el caso de impago por parte del deudor⁸⁵.

6. La aproximación del negocio fiduciario al negocio simulado

Tal y como se concibe en la actualidad la «titularidad fiduciaria», como mera apariencia de propiedad, el negocio fiduciario presenta en la práctica un perfil próximo al del negocio relativamente simulado⁸⁶, así lo llegó a calificar el propio Profesor De Castro⁸⁷, opinión que comparten otros juristas, como Albaladejo⁸⁸ y Clavería⁸⁹, hasta el punto de pensar que el negocio fiduciario viene a disolverse en éste. Si esto es así, el negocio fiduciario como tal no existiría (art. 1.276 CC).

⁸⁵ Ver el estudio de S. CÁMARA LAPUENTE, «La fiducia de garantía en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, XIV (1992) pp. 633-673 e *Idem* (coord.), «El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea», en *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, p. 1147. Además el derecho de Navarra regula un tipo de *fiducia cum amico* en la Ley 163, la llamada «donación fiduciaria». Ver la STSJ Navarra de 23 de mayo de 1997 (RJ 1997/4469); 3 de marzo de 1994 (RJ 1994/2115) y 9 de febrero de 1994 (RJ 1994/1605).

⁸⁶ Parece que a la *fiducia* se le objetó desde sus orígenes la simulación y Regelsberger negó que así fuese por entender que el negocio fiduciario es un negocio realmente querido (Cfr. COING, *op. cit.*, p. 527). En Derecho español, puede verse HERNÁNDEZ GIL, *Obras...*, *op. cit.*, p. 601 y en «La promesa de venta, la simulación relativa y el negocio fiduciario: Problemas de interpretación y de calificación jurídica», en *Obras Completas*, III (Obligaciones), Madrid, 1988, pp. 605-619. En Italia intentó marcar la diferencia FERRARA, *op. cit.*, p. 77, en su obra sobre la simulación. Pero lo diferenciaba de la absoluta, no de la relativa. Algunos autores le siguen como F. GALGANO, *El negocio fiduciario*, trad. P. Blasco Gascó y L. Prats Albertosa, Valencia, 1992, pp. 441-449 e *Idem*, *Diritto civile e commerciale*, 1-2.ª, 2.ª ed., Milano, 1993, pp. 409-421. También en España M. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986, p. 57 que sigue aún la línea marcada en su día por JORDANO, «Negocio fiduciario, negocio simulado, negocio indirecto», *RDP* (1958) pp. 1019-1032.

⁸⁷ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 423-424, en nota 164. Sigue el criterio que en Italia marcó A. BUTERA, «Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis», en *Della frode e della simulazione*, Torino, 1936, p. 35.

⁸⁸ ALBALADEJO, «El llamado negocio fiduciario,...» (*op. cit.*, n. 28) y más recientemente en el Prólogo a FUENTESECA, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1997, pp. 11-14, sobre todo p. 14. La autora de esta obra comparte con ALBALADEJO la idea de que el negocio fiduciario no es más que un negocio relativamente simulado.

⁸⁹ CLAVERÍA, «Comentario al art. 1.276», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. Albaladejo, XVII-1-B, Madrid, 1993, pp. 602-603.

Ciertamente en muchos casos esto es cierto, porque la mayor parte de los negocios fiduciarios que se realizan en la práctica se presentan habitualmente como la combinación de dos actos jurídicos que suelen hacerse el mismo día e incluso en la misma Notaría: uno suele ser una escritura pública en la que se transfiere la titularidad del bien o derecho, y acto seguido se otorga un documento privado en el que se expresan los motivos y sobre todo la finalidad que persiguen las partes, aclarando la verdadera titularidad de lo transmitido. En este sentido, si se presenta como la conjunción de una transmisión aparente de propiedad y un pacto fiduciario oculto que refleja lo verdaderamente querido por las partes, ello no es otra cosa que un negocio simulado.

La jurisprudencia no obstante mantiene la diferencia entre el simulado y el fiduciario⁹⁰. Y además desde mi punto de vista, el esquema de ambos no siempre es el mismo. En ocasiones no se oculta el pacto fiduciario e incluso forma parte de su *nomen iuris*, que con el mismo incluso accede al Registro, como ocurre en la adjudicación para pago de deudas, con la que se abrió el proceso de recepción histórica de la *fiducia* en España. En ese caso no habría simulación en sentido estricto⁹¹, aunque en rigor el ejemplo emblemático de negocio fiduciario es el anteriormente descrito, que coincide ciertamente con el esquema del negocio relativamente simulado.

7. Recapitulación

De lo dicho se desprende que la historia de la recepción de la *fiducia* en Derecho español ha sido larga y azarosa a través de un camino que puede escalonarse en tres periodos. El primero de ellos, en el que la *fiducia* aparece como institución jurídica que permite explicar la naturaleza de una figura cual es la adjudicación para pago de deudas hereditarias y así se considera en una resolución de la DGRN (14 junio de 1922)

⁹⁰ Considera que hay diferencias como las siguientes: a) el simulado es un negocio ficticio, no real, mientras que el fiduciario es querido con todas sus consecuencias; b) el simulado es un negocio simple, mientras que el fiduciario es complejo, resultado de la combinación de dos negocios distintos; c) el simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo ninguna trascendencia alguna de derecho, y el fiduciario es válido (STS 28 de octubre de 1988, RJ 1988/7746; STS 17 de septiembre de 2002, RJ 2002/8558).

⁹¹ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 190. Se adhiere a su criterio R.M. ROCA SASTRE y L. ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, IV, 8.ª ed., Barcelona, 1997, p. 508, nota 153. Sin embargo, puntualiza FELIU REY, *op. cit.*, p. 113, quien cree que en realidad la existencia de una manifestación expresa de la finalidad perseguida no se puede elevar a rasgo diferenciador entre el negocio fiduciario y el relativamente simulado.

y en una sentencia del TS (23 de mayo de 1935) cuyo mentor es el hipotecarista Jerónimo González. Primera recepción tímida, de ascendencia germánica, en la que ni siquiera se cita la palabra *fiducia*, pero se deja entrever la idea de patrimonio que se transfiere formalmente a una persona con una finalidad concreta y determinada a la que queda subordinada, en aquellos casos, el cumplimiento de un encargo (*fiducia cum amico*).

Esta primera aproximación sería superada años más tarde, a través de una jurisprudencia que comienza con la resolución de 25 de mayo de 1944, relativa a negocios de transmisión en garantía (*fiducia cum creditore*). Se construye entonces una tesis fiduciaria que se ha conocido con el nombre de teoría del doble efecto. Su principal divulgador, José Castán, influido por las ideas de Francesco Ferrara, acuñará la expresión «negocio fiduciario», resultado de la combinación de dos actos independientes entre sí, uno real de transmisión definitiva de propiedad y un compromiso personal u obligacional. Estamos ante una segunda recepción de la *fiducia* que resulta ser de más difícil compatibilidad con nuestros principios jurídicos pero que sin embargo se propaga entre la doctrina y la jurisprudencia en la década de los cincuenta en la que experimenta un verdadero auge.

Finalmente, Federico De Castro replantea en 1966 los términos en los que puede hablarse de negocio fiduciario en un sistema causalista como el nuestro, en el que ni garantizar una obligación ni cumplir con un encargo ajeno puede ser causa de una transmisión dominical. Siendo esto así, carece de fundamento el doble efecto, el fiduciario no puede convertirse en dueño, sino que ostenta una «titularidad fiduciaria», es decir su relación jurídica con los bienes está subordinada al fin que persiguen las partes del negocio.

Esta formulación se ha difundido en la doctrina y en la jurisprudencia desde los años ochenta. Recientemente asistimos a una cierta expansión de operaciones fiduciarias, sobre todo con finalidad de gestión o de administración y quizás ello sea la explicación de que en los últimos años hayan llegado al Tribunal Supremo más asuntos calificados como negocios fiduciarios⁹². Eso no significa que siempre que se alega por las partes proceda su calificación en tal sentido. La jurisprudencia sostiene de forma reiterada la validez de la venta en garantía, como modalidad de *fiducia cum creditore*, tal y como se ha visto anteriormente. Sin embargo, por lo que respecta a la *fiducia cum ami-*

⁹² C. FUENTESECA, *op. cit.*, detecta hasta 1995 unas 50 sentencias; por su parte CÁMARA, «Operaciones fiduciarias,...», *op. cit.*, en su estudio hasta 1999, recoge unas 90 sentencias. Y sostiene que la litigiosidad ha crecido en los últimos años (p. 1797).

co, hay mayor variedad de criterio, y en no pocas ocasiones el referente fiduciario suele ser el molde en el que se proyectan negocios con testafierros, o transferencias patrimoniales que buscan eludir las consecuencias patrimoniales de ejecución por deudas, colocándose el deudor fiduciante en situación de insolvencia para defraudar a los acreedores.

LA PREJUBILACION EN LAS EMPRESAS

Blas Oliet Palá

Ltrado de la Administración de la Seguridad Social (en excedencia)
Director Jurídico de Repsol Ypf, S.A.

I. Concepto

El prefijo «pre» expresa, según el diccionario, anterioridad en el tiempo o en el espacio, luego por prejubilación habría de entenderse la jubilación o retiro antes del tiempo establecido. Ahora bien, ¿Existe un tiempo para la jubilación?

Excluyendo el ámbito de la función pública, y sus mecanismos de jubilación forzosa, no ha existido nunca en España una edad límite para el trabajo¹, desde la instauración del retiro obrero en el año 1919, que ya estableció una pensión de jubilación a partir de los 65 años y salvo el período de vigencia de la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores que fijó una edad máxima para trabajar de 69 años (norma declarada inconstitucional por la STC de 2 de julio de 1981 y convertida luego en disposición adicional décima), la jubilación ha sido voluntaria, aunque permaneció tras la indicada Sentencia y con los límites en la misma contenidas, la posibilidad de pactar libremente en la negociación colectiva edades de jubilación, posibilidad ampliamente utilizada por las Empresas y Sindicatos para el establecimiento de edades forzosas de jubilación y la regulación de mecanismos de jubilación anticipada, apoyados en la legislación vigente en cada momento, desde los años ochenta del pasado siglo, hasta el presente.

Dicha posibilidad parece haber quedado cerrada tras la STS de 9 de marzo de 2004, dictada tras la derogación de la adicional 10.^a del ET, al considerar que no cabe ya que mediante la negociación colectiva se puedan establecer edades de jubilación forzosa o de extinción del contrato de trabajo por causa de la edad.

¹ Alfredo MONTOYA MELGAR, *Política de empleo y jubilación*. Murcia, 2002.

Ahora bien, en el marco de la Seguridad Social, la jubilación es voluntaria, pues parte de un acto de voluntad del trabajador, que es libre para solicitar o no la pensión cuando llega el momento en que acredita todos los requisitos, incluido la edad. El artículo 160 de la LGSS no se refiere a la voluntariedad, pero parte de ella, pues el reconocimiento del derecho a la pensión, en general, sólo puede producirse a través de un acto voluntario del trabajador o beneficiario. La jubilación se configura pues como un derecho del trabajador², salvo quizás en el supuesto del artículo 161.1 de la LGSS, jubilaciones anticipadas *ex lege* por trabajos especialmente penosos, tóxicos, peligrosos o insalubres³.

Es verdad que, en el ámbito de la Seguridad Social, como hemos señalado, siempre ha existido una edad de referencia (65 años), que podemos denominar ordinaria o mínima, para acceder a la pensión de jubilación, hoy plasmada en el artículo 161.1.b) de la LGSS y que tal circunstancia, la percepción de la pensión de jubilación, determina necesariamente la extinción de la vida activa laboral, la resolución del contrato de trabajo. Tal edad ha quedado fijada con claridad desde el año 1919 como referencia para la jubilación y, por tanto, como edad normal para la extinción del contrato de trabajo por causa de la jubilación.

Se ha destacado por la doctrina⁴, que el carácter voluntario de la jubilación no ha sido cuestionado, ni en el actual artículo 160 LGSS (en la misma línea que los artículos 153 de la LSS de 21 de abril de 1966 y 30 de mayo de 1974), ni en la antigua OM de 1 de julio de 1953 que, en palabras del Tribunal Supremo (STS 9 de marzo de 2004) «vedaba a los Convenios Colectivos la imposición al trabajador de edades de jubilación por cuanto en la misma se afirmaba en su artículo 1 que “la jubilación por edad es siempre un derecho del trabajador, quien podrá ejercitarlo cuando reúna las condiciones y requisitos establecidos en las disposiciones que lo regulan”, con lo que se reconocía un derecho subjetivo al trabajador, que constituía lo que hoy llamaríamos “mínimo de derecho necesario absoluto”, indisponible por tanto por Convenio. Esta doctrina vino siendo reiterada por constante jurisprudencia hasta la promulgación del ET, que incluyó en su articulado, y en sus disposiciones adicionales, normas que abrieron una nueva etapa en esta materia.»

Podemos afirmar, en consecuencia, que la jubilación está conectada, aunque no indisolublemente, con la extinción del contrato por causa

² Alfredo MONTROYA MELGAR, *Política de empleo y jubilación*. Murcia, 2002.

³ Alfredo MONTROYA MELGAR, *Política de empleo y jubilación*. Murcia, 2002.

⁴ Pedro GETE CASTILLO, «La jubilación fozosa: un cadáver normativo a la espera de sepultura definitiva», *Revista Foro de Seguridad Social* [en línea], octubre 2003, n.º 10 (oct. 20/4/2004). Disponible en <http://www.foros.org/revista10/a04.htm>.

de la edad. Por tanto, lo que ha hecho la negociación colectiva, en el marco de la habilitación del Estatuto de los Trabajadores en los últimos años, es pactar la extinción del contrato de trabajo por causa de la edad, que posibilitaba a los trabajadores afectados enlazar con la protección pública de la Seguridad Social, no necesariamente con la pensión de jubilación (en muchos casos con el desempleo). Por tanto se ha mantenido, conceptualmente, el carácter voluntario de la jubilación y no se ha pactado colectivamente sobre materias de Seguridad Social, lo que, estoy de acuerdo con algún autor⁵, resultaba vedado por el artículo 39.2 de la LGSS (y por sus precedentes normativos) que prohíbe, sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, la negociación colectiva sobre Seguridad Social.

Por ello, una gran parte de las regulaciones colectivas sobre prejubilación han partido del carácter voluntario de la jubilación para el trabajador, por lo que los mecanismos de prejubilación se configuraban como oferta empresarial en las condiciones colectivamente pactadas. La extinción del contrato de trabajo se amparaba en el convenio colectivo, más traía causa del acuerdo de voluntades entre empresa y trabajador. El Tribunal Supremo lo ha destacado en reiteradas ocasiones, como en el reciente auto de 10 de marzo de 2004:

«El ofrecimiento de la prejubilación anticipada, no es un supuesto de extinción forzosa de la plantilla impuesta por la empresa, sino un medio, en las condiciones fijadas de común acuerdo con los representantes de los trabajadores, para facultar las bajas en la empresa en las condiciones más beneficiosas para el trabajador, respetando los criterios de voluntariedad.

Lu suscripción de dicho contrato de prejubilación representa un supuesto de extinción del contrato de trabajo, en virtud de una oferta incentivada de la empresa y cuya aceptación depende exclusivamente de la individualizada voluntad del trabajador, en este sentido se pronuncia la sentencia citada de contraste.

Por ello, siendo la causa extintiva del contrato de trabajo del demandante la suscripción de prejubilación en el marco de lo establecido en el convenio colectivo, el cese en el trabajo ha de considerarse que fue por causa imputable a la libre voluntad del trabajador, y sin que quepa reputar existencia de razón objetiva que impida la continuación de la relación laboral. Pues, la voluntad colectiva no excluye la voluntariedad del trabajador en la firma del contrato de prejubilación.»

⁵ Pedro GETE CASTILLO, «La jubilación forzosa: un cadáver normativo a la espera de sepultura definitiva», *Revista Foro de Seguridad Social* [en línea], octubre 2003, n.º 10 (oct. 20/4/2004). Disponible en <http://www.foros.org/revista10/a04.htm>.

« [...] «Por tanto la existencia de un contrato de prejubilación suscrita entre el actor y la empresa que ha desplegado todos sus efectos jurídicos entre los firmantes obteniendo cada uno un beneficio, en concreto para el actor, una compensación económica, pagándosele un Convenio Especial, aportación de la empresa al fondo de pensiones (documentos números 65 y 66 de los obrantes en autos). Dicho contrato tiene plena validez y eficacia por cuanto no se ha producido acción alguna de las existentes en derecho que podían haber amparado, el constreñimiento de voluntad que ahora denuncia frente a un tercero con la única finalidad de obtener un beneficio a cargo de la Seguridad Social previsto para un supuesto distinto.

La suscripción de este contrato de prejubilación es una garantía de empleo en el Convenio Colectivo y fruto de la negociación colectiva y cuyo texto literal, no excluye en forma alguna la voluntariedad de su firma, aun cuando su decisión estuviera condicionada por las circunstancias de edad y las difíciles perspectivas laborales restantes, lo que no es sinónimo de vicio de voluntad (artículo 1.265 Código civil). Toda vez, además de que si no hubiera optado por el sistema de prejubilación las opciones de movilidad geográfica y funcional eran posibles pero no ciertas, dado que no dio lugar a que se produjeran, pero aun en caso de haberse producido estas posibilidades de movilidad geográfica o funcional, el actor hubiera tenido las acciones que, en garantía de sus derechos, le conceden los artículos 39, 40, 41 y 50 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.»

Como ha destacado el Informe del CES sobre «Vida Laboral y prejubilaciones», no existe en el ordenamiento español un concepto de «prejubilación». En sentido estricto la doctrina ha entendido por prejubilación la extinción de la relación laboral, con anterioridad a la edad ordinaria de jubilación, sin derecho a percibir la pensión correspondiente⁶. Se distingue por tanto del concepto de jubilación anticipada, que da derecho a la correspondiente pensión (aunque lo sea con coeficientes reductores), antes de la edad ordinaria de jubilación.

Partiremos, a los efectos del presente trabajo, de una concepción amplia, no necesariamente ortodoxa, que identifica la prejubilación con el retiro del trabajador, voluntario o forzoso, con anterioridad a la edad de jubilación establecida en la LGSS, esto es, a los 65 años. De este modo abordaremos las causas de tal figura y los instrumentos que, en el ámbito empresarial y limitados a la jubilación, se han venido utilizando en los últimos años para obtener la extinción anticipada, por razón de edad, del contrato de trabajo de sus trabajadores.

⁶ GARCÍA BECEDAS, «Reconversiones Industriales y ordenamiento laboral», *Tecnos*, Madrid, 1989.

II. Causas de la prejubilación

Desde el año 19 del pasado siglo, en el que el RD de 11 de marzo de 1919 reguló la pensión de jubilación bajo el marco del retiro obrero, han pasado muchas cosas, entre otras importantes los sucesivos cambios de las tablas de mortalidad que utilizan las Compañías de Seguros y los sistemas de previsión en general, para definir las expectativas de vida, desde el punto de vista estadístico, y calcular el coste de los seguros de vida. Evidentemente tal cambio deriva de las constantes mejoras en la calidad de vida, del avance de la medicina y de la protección de la salud, y propicia que la edad de 65 años se considere temprana, para muchas profesiones, para la extinción de la vida laboral.⁷

Sin embargo, el fenómeno de la prolongación hipotética de la edad activa no ha sido considerado en general por las empresas que, por el contrario, han venido utilizando diversos mecanismos de anticipo de la edad ordinaria de jubilación, para extinguir la relación laboral de muchos de sus trabajadores. Varios factores han sido decisivos a tal respecto:

- Reestructuraciones empresariales, derivadas de circunstancias económicas o tecnológicas. Las crisis económicas y los cambios tecnológicos han influido decisivamente en los mecanismos de prejubilación empresarial. Los trabajadores sobrantes, tras una mala situación económica o tras un proceso de cambio tecnológico, siempre tienden a identificarse con los de mayor edad. Son los trabajadores con más experiencia, obviamente, pero también los menos adaptables a los cambios tecnológicos, los más resistentes a introducir mejoras en sus procedimientos de trabajo, los más caros, desde el punto de vista de la empresa y los más susceptibles de entroncar con los sistemas de protección pública, por estar más cerca de la edad ordinaria de jubilación, a efectos de Seguridad Social. La reconversión industrial de los años ochenta, que dio lugar a gran cantidad de normativa específica, es un ejemplo clásico del fenómeno al que se alude.
- Renovaciones de plantilla, derivadas de la necesidad de rejuvenecer la misma. El fenómeno del envejecimiento de las plan-

⁷ Entre 1995 y el 2025, el número de personas de 60 años o más en Europa, 77 millones en 1995, aumentará como mínimo en 29 millones y, como máximo, en 44 millones. El porcentaje de personas de edad avanzada respecto a la población pasará de 1% al 30%. Por otra parte, el empleo femenino en la Unión durante los últimos 20 años ha pasado de 46 a 61 millones de trabajadoras, mientras que el número de empleos masculinos ha permanecido estable.

tillas, que sobre todo se produce en momentos determinados de la vida de las empresas, hace necesario abordar mecanismos extraordinarios de sustitución de trabajadores, que permitan a la empresa mantener un nivel medio de edad razonable. Téngase en cuenta que las empresas son «seres vivos», pues nacen, se desarrollan y mueren. En el momento de su nacimiento contratan normalmente a trabajadores jóvenes que constituyen un grupo homogéneo, por razones de edad y que, por el curso inexorable del tiempo, van envejeciendo al tiempo. Cuando la empresa comienza a percibir que tiene una plantilla madura, que se producen más bajas por incapacidad temporal derivadas de enfermedad o accidente, que los trabajadores son más reacios a aceptar los cambios, que disminuye la productividad, se producen las renovaciones masivas, acudiéndose de nuevo a los mecanismos de prejubilación que permiten cambios menos traumáticos.

- Renovaciones de plantilla, derivadas de la necesidad de promocionar profesionalmente a los trabajadores jóvenes. El fenómeno que hemos descrito anteriormente, de envejecimiento de la plantilla, provoca que las promociones y ascensos profesionales se ralenticen y que los trabajadores jóvenes, sobre todo los mejores, se muestren inquietos ante un futuro profesional que no les brinda grandes expectativas de mejora profesional y económica. Los de abajo siempre empujan a los de arriba y el desplazamiento natural se produce, en muchas ocasiones, forzando las edades de salida de los mayores, que son sacrificados en aras del desarrollo de los jóvenes. La empresa muchas veces tiene que elegir entre perder a sus mejores activos jóvenes o desprenderse de sus trabajadores más experimentados y la elección no es fácil.
- El abaratamiento de las plantillas, pues los trabajadores mayores no sólo cobran más porque perciben conceptos salariales específicos (antigüedad) y porque han alcanzado categorías laborales o puestos mejor retribuidos, sino porque la tendencia a lo que se ha denominado en el sector laboral «doble escala salarial» se ha extendido en los últimos años. La creación de nuevas categorías de entrada, con menor retribución, el alargamiento del tiempo de los ascensos para los trabajadores que entran, el cambio de la estructura salarial con la creación de complementos personales para los trabajadores más antiguos, se convierten en factores que propician la sustitución de la mano de obra. Dichas circunstancias son, a mi juicio, difíciles de evitar, pues la competencia económica hace que las nuevas o jóvenes empresas partan de estructuras salariales más ligeras y adecuadas a la realidad social, que les

permiten reducir sustancialmente los costes, frente a las empresas mayores o incluso ancianas que tienen estructuras salariales más rígidas, fruto de muchos convenios colectivos en los que difícilmente los trabajadores aceptan retroceder en lo que consideran «conquistas sociales», resultando más sencillo pactar salarios bajos para los nuevos trabajadores que para los que ya están en la plantilla.

- Lo que algún autor ha denominado «progresiva obsolescencia profesional de la persona en edad madura»⁸ y que en momentos de cambios vertiginosos, sobre todo en el mundo de la informática y de las comunicaciones, hace muy difícil que dichos trabajadores estén en condiciones de aprender rápidamente, sobre todo en un país en el que la formación en la empresa constituye una asignatura pendiente.
- Los fenómenos de concentración empresarial, tan frecuentes en un mundo globalizado, en el que las grandes empresas van creciendo mediante su fusión con otras, con las correspondientes «sinergias» (por utilizar la palabreja al uso) que consisten en muchos casos en detectar trabajadores sobrantes, por la duplicación de estructuras consecuencia de la fusión o absorción. También aquí el recurso fácil, menos traumático, es la prejubilación de los mayores.
- El mimetismo empresarial y la influencia de las consultoras, circunstancia que aunque parezca anecdótica, tiene a mi juicio un cierto peso en el fenómeno que estamos analizando. Las grandes empresas sobre todo se mueven en un mundo reducido en el que las consultoras tienden a aconsejar recetas iguales para todos. Muchas veces es difícil resistirse a la influencia de los demás, aunque no sean competidores, pues hay una cierta sensación de perder el tren del cambio, aunque sea regresivo o poco meditado e ineficaz, incluso perjudicial. El fenómeno es pernicioso pues impide muchas veces que las empresas realicen análisis rigurosos sobre su propia situación y sus necesidades que, en la mayoría de los casos, precisan de soluciones específicas.
- La presión de los propios trabajadores y de sus representantes, pues frente a lo que se cree en general, la maldición bíblica del trabajo sigue pesando sobre nuestras mentalidades, y la liberación que supone la prejubilación, aunque sea a edades excesivamente tempranas, representa una ilusión e incentivo difícilmente

⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO, «La flexibilidad de la edad de jubilación», *Revista de Relaciones Laborales*, 21 y 22/2002 y 1/2003.

rechazable. El hombre desea tiempo libre y considera muchas veces el trabajo como una esclavitud cuya liberación, semejante a la manumisión de los esclavos romanos, proviene de la jubilación y en mayor medida de la prejubilación. Muchas veces son los Sindicatos los que introducen en sus reivindicaciones anticipos de la edad de jubilación, lo que les permite, además de complacer las pretensiones de sus compañeros representados, abordar la contratación de nuevos trabajadores, en definitiva contribuir a una política de disminución del desempleo o del fomento del empleo.

—Las políticas de empleo, en el ámbito de la Unión Europea o Estatales, que inicialmente contribuyeron, si bien tímidamente, a incentivar el adelanto de la edad de jubilación mediante recomendaciones y pactos varios.

- En el ámbito comunitario, la Recomendación del Consejo de 10 de diciembre de 1982, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación (82/857/CEE) sugería a los Estados miembros que la edad de jubilación ordinaria pudiera ser anticipada o retrasada por el trabajador sin reducciones penalizadoras que desincentivaran la posibilidad. La Resolución del Consejo de 30 de julio de 1993, relativa a los regímenes flexibles de jubilación (93/C/188/01) se muestra partidaria de la transición flexible hacia la jubilación y de la elaboración por los Estados de una política de jubilación flexible que «pueden constituir una respuesta adecuada a la evolución de la situación demográfica y a los cambios producidos en el mercado de trabajo». La política de la Unión Europea en la materia también se funda en la voluntad de fomentar una transición flexible de la vida laboral a la jubilación a través de una jubilación parcial.

Incluso el Código Europeo de Seguridad Social (de 16 de abril de 1964, ratificado por España el 4 de febrero de 1994) prohíbe que la edad de jubilación exceda de 65 años.

Bien es verdad que en momentos más recientes, la Unión Europea, ha dado marcha atrás y se muestra partidaria de propiciar una política de prolongación de la vida activa a través de los sistemas de pensiones (Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Estocolmo, de 23 y 24 de marzo de 2001).⁹

⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, «La flexibilidad de la edad de jubilación», *Revista de Relaciones Laborales*, 21 y 22/2002 y 1/2003.

- En el ámbito Estatal, el Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 6 de abril de 1995, si bien incluye el propósito de establecer una edad de jubilación flexible, no concreta cambios en la regulación de la jubilación anticipada, tan sólo recomienda el mantenimiento de los contratos de relevo y sustitución.

El Acuerdo sobre Consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, suscrito por el Gobierno con los Sindicatos UGT y CC.OO. el 9 de octubre de 1996 (Acuerdo de Pensiones) contiene unos criterios orientadores sobre jubilaciones anticipadas, disminuyendo los coeficientes reductores al 7% a partir de los 40 años de cotización, lo que propició el dictado de la Ley 24/1997, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, que reforma los artículos 130 y 143 de la Ley General de Seguridad Social.

El acuerdo para la mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9 de abril de 2001 por el Gobierno y Organizaciones empresariales incluyó un conjunto de medidas para flexibilizar la edad de jubilación, lo que dio lugar al dictado de la Ley 35/02, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, que incorpora novedades para compatibilizar la jubilación con el trabajo a tiempo parcial, consagra con carácter general la jubilación anticipada a partir de los 61 años y reduce los coeficientes reductores de los regímenes transitorios en cuya virtud se han venido produciendo jubilaciones anticipadas en los últimos años (mutualistas a 1 de enero de 1967).

Ahora bien, también en el ámbito estatal se ha producido un cambio de tendencia, con la derogación de la disposición adicional 10.^a del Estatuto de los Trabajadores a que hice referencia al principio que, como es sabido, había sido adaptada a la doctrina constitucional sobre la materia (Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio) y declaraba expresamente, bajo el epígrafe «límite máximo de edad para trabajar», que la jubilación forzosa, dentro de los límites y condiciones fijados en el precepto, podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo, «facultando» (así hay que leer ahora el precepto a la vista de la STS de 9 de marzo de 2004) a los interlocutores sociales a que pudieran pactarse libremente edades de jubilación en convenios colectivos, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social.

La justificación de la reforma es, literalmente, que la norma derogada «estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento en el marco de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo claramente desactualizada». Parece claro, aparte declaraciones genéricas, que al Estado le preocupa el coste económico que asume, necesariamente, como consecuencia de las políticas de jubilación anticipada abordadas por las empresas (desempleo, jubilación anticipada).

III. Mecanismos de jubilación anticipada utilizados por las empresas

Intentaré sistematizarlos y describirlos brevemente, sin posibilidad de profundizar en su problemática, por evidentes razones de tiempo y porque alguno de estos mecanismos se tratará en el marco de este ciclo de conferencias sobre jubilación con la profundidad que requieren.

La jubilación anticipada, a partir de los 60 años, por aplicación del Derecho transitorio, regulación hoy contenida en la disposición transitoria tercera, apartado 1, norma 2.^a, de la Ley General de la Seguridad Social que en realidad (tras la Ley 35/2002) ha venido a regular dos distintos sistemas de jubilación anticipada:

El primero, que permite a los trabajadores que tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, causar derecho a la pensión de jubilación, con la aplicación de coeficientes reductores, en concreto, un 8 por 100 por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad ordinaria de jubilación.

El segundo, aplicable también a los trabajadores mutualistas a 1 de enero de 1967 que además acrediten más de treinta años de cotización y soliciten la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo en virtud de causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, se aplican otros coeficientes reductores en función de los años completos de cotización acreditada (7,5% entre 31 y 34 años, 7% entre 35 y 37 años, 6,5% entre 38 y 39 años, 6% con 40 y más años).

Dicha posibilidad de jubilación anticipada, utilizada ampliamente hasta fechas muy recientes, comienza su lento declinar y agotamiento, por cuanto los trabajadores que contaban 21 años (si se considera ésta

una edad media para el acceso al trabajo) en 1 de enero de 1967 hoy tienen ya 58 años.

Las ayudas equivalentes a la jubilación anticipada, para empresas no sujetas a reconversión industrial, o ayudas previas a la jubilación ordinaria en el Sistema de la Seguridad Social, como se les denominó en la última regulación, en virtud de Orden de 5 de octubre de 1994, cuyo objeto era facilitar una cobertura económica a los trabajadores afectados por los procesos de extinción de relaciones de trabajo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, hasta tanto se alcanzaba la situación de jubilación en su modalidad contributiva en el Sistema de la Seguridad Social.

Se solicitaban por las empresas en crisis, previa conformidad expresa e individual de los trabajadores, siempre que aquéllos, al alcanzar la edad ordinaria para el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, en el Régimen de la Seguridad Social de encuadramiento, pudieran tener cubierto el período de cotización exigido para causar derecho a la citada pensión, estuvieran en alta o situación asimilada en el mismo y tuvieran sesenta años de edad, real o teórica por aplicación de coeficientes reductores de edad, como mínimo, al acceder al sistema de ayudas.

La cuantía inicial de la ayuda era el 75 por 100 del resultado de dividir entre siete la suma de las bases de cotización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluidas las horas extraordinarias, correspondientes a los seis meses anteriores a la fecha de efectividad de la ayuda, sin que en ningún caso pudiera superar a la pensión máxima establecida en el Régimen General de la Seguridad Social para el año en que tuviera lugar dicha efectividad.

La ayuda sólo podía percibirse, con participación de las Administraciones Públicas, hasta un máximo de cinco años.

Durante el período de percepción de la ayuda, el trabajador beneficiario estaba en situación asimilada al alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, a efectos de continuar cotizándose por él por el tipo correspondiente a contingencias comunes establecido para el año de efectividad de la ayuda.

La base de cotización obtenida se actualizaba acumulativamente a partir del segundo año de percepción, en el porcentaje de incremento fijado para la actualización de la ayuda, si bien en ningún caso podía ser superior a la base máxima vigente en cada momento para el grupo de la categoría profesional de que se trate.

La financiación de las ayudas previas y de las cotizaciones a la Seguridad Social que hubieran de realizarse durante la percepción de las

mismas correspondía, en un 60 por 100 a las empresas solicitantes, y el 40 por 100 restante con cargo al programa correspondiente de los Presupuestos Generales del Estado o de la Comunidad Autónoma cuando hubiera recibido el traspaso de servicios en esta materia.

La participación de la empresa podía superar dicho porcentaje, previa su conformidad.

Las ayudas equivalentes a la jubilación anticipada al amparo de planes de reconversión de empresas, aprobados conforme a diversas normas, cuya regulación básica se contenía en las Leyes 21/1982, de 9 de junio, sobre medidas de reconversión industrial y 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización.

Según la última norma mencionada, la declaración de un sector industrial o, excepcionalmente, de un grupo de empresas en reconversión se realiza por el Gobierno, a propuesta de los Ministros de Economía y Hacienda, Trabajo y Seguridad Social e Industria y Energía, mediante Real Decreto y conforme al procedimiento establecido en la Ley cuando dicho sector o grupo de empresas se encuentre en una situación de crisis de especial gravedad y la recuperación del mismo se considere de interés general.

Entre las diversas medidas reguladas en las normas de reconversión (financieras, fiscales, laborales) se regulan, por lo que aquí interesa, las ayudas equivalentes a la jubilación anticipada que los Reales Decretos de aplicación a los sectores concretos afectados han venido otorgando a aquellos trabajadores con 60 o más años de edad que, como consecuencia de la reconversión cesan en sus empresas antes de alcanzar la edad fijada para la jubilación, con reconocimiento de prestaciones equivalentes a la jubilación calculadas aplicando a la base reguladora correspondiente a la pensión de jubilación el porcentaje que se determine en el correspondiente Real Decreto de reconversión, según una escala que combina la edad de los interesados con los períodos de ocupación cotizados en fórmula semejante a la que opera en la determinación de la pensión de jubilación anticipada en el Régimen General de la Seguridad Social.

El coste de estas ayudas se ha venido financiando con cargo a los recursos establecidos por los propios Reales Decretos de Reconversión.

El importe de la prestación se complementa, mediante una ayuda especial, para garantizar al trabajador el 75 por 100 de su remuneración media durante los seis meses anteriores a su acogimiento a este sistema, sin que la cantidad total a percibir por el beneficiario pueda ser superior a la pensión de jubilación que se le hubiera reconocido de tener cumplida la edad general de jubilación.

Esta ayuda complementaria dejará de abonarse a partir del momento en que el trabajador cumpla 65 años de edad.

Durante el período de percepción de esta ayuda, el beneficiario será considerado en situación asimilada al alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, y continuará cotizándose por él según el tipo de contingencias generales del régimen de que se trate de modo que, al cumplir la edad general de jubilación el beneficiario pueda acceder a la pensión con plenos derechos.

La financiación de las medidas previstas en los apartados segundo y tercero del número anterior se realizará con cargo a las empresas acogidas al plan o a los Fondos de Promoción de Empleo, según disponga el Real Decreto de reconversión, el cual determinará las correspondientes aportaciones, así como la forma, plazo y condiciones en que habrán de efectuarse las mismas. Estas aportaciones podrán equipararse, a efectos de recaudación, a las cuotas de la Seguridad Social.

La anticipación de la edad de jubilación a los 64 años vinculada al contrato de sustitución¹⁰, regulada por el Real Decreto 1.194/1985, de 17 de julio, que anticipa la edad de jubilación como medida de fomento de empleo y permite la jubilación anticipada a los 64 años, con simultánea contratación de un trabajador desempleado. El origen de la figura se halla en el Acuerdo Nacional sobre Empleo de 9 de junio de 1981, suscrito por el Gobierno, la CEOE y CC.OO. y UGT, que dio lugar al Real Decreto Ley 14/1981, de 20 de agosto, sobre jubilación especial a los 64 años. La regulación del RD 1.194/1985 flexibilizó notablemente las condiciones fijadas en la norma de 1981, eliminando el requisito de la contratación a jóvenes demandantes de primer empleo y a perceptores de prestaciones de desempleo y la exigencia de que el nuevo contrato fuera de la misma naturaleza que el que se extinguía, permitiendo cualquier modalidad (fija o temporal), salvo el eventual por circunstancias de la producción (artículo 15.1.b ET) y el contrato a tiempo parcial, siempre que su duración no fuera inferior al año. El objeto del contrato no es propiamente la sustitución específica del trabajador jubilado sino el mantenimiento de la plantilla al menos durante un año, luego no es preciso, según interpretación jurisprudencial, que el trabajador ocupe el mismo puesto de trabajo que deja vacante el trabajador jubilado.¹¹

¹⁰ Aránzazu ROLDÁN MARTÍNEZ, «La jubilación especial a los 64 años: una figura confundida y desconocida», *Revista de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social*.

¹¹ Aránzazu ROLDÁN MARTÍNEZ, «El contrato de sustitución de trabajador jubilado anticipadamente ¿modalidad contractual autónoma?» *Aranzadi Social*, n.º 11/2000.

La jubilación parcial, vinculada o no al contrato de relevo¹², regulada inicialmente en el Estatuto de los Trabajadores, mediante la modificación llevada a cabo por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, con el fin de ampliar, según su exposición de motivos, las posibilidades de reparto del trabajo disponible a través de la contratación a tiempo parcial, facilitando para ello la jubilación parcial de los trabajadores cuya edad se halle próxima a la de jubilación ordinaria, siempre que simultáneamente se proceda a sustituir al trabajador jubilado parcialmente, durante el tiempo que deje vacante el mismo por otro trabajador que se encuentre en situación de desempleo.

Su regulación básica actual, se encuentra hoy en el artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores y 166 de la Ley General de la Seguridad Social (en la redacción dada por la Ley 24/2001 y 35/2002), desarrollado por RD 1.131/2002, de 31 de octubre, habiéndose flexibilizado notablemente los requisitos iniciales de la figura.

Se considera jubilación parcial la iniciada después del cumplimiento de los sesenta años, simultánea con un contrato de trabajo a tiempo parcial y vinculada o no con un contrato de relevo (en función de que el trabajador haya o no alcanzado la edad ordinaria de jubilación). Se tienen en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que, en su caso, correspondan, norma que la Administración de la Seguridad Social ha interpretado restrictivamente, al entender que no alcanza a las anticipaciones de edad existentes por virtud de sistemas transitorios (mutualistas a 1 de enero de 1967).

Son beneficiarios los trabajadores por cuenta ajena, integrados en cualquier Régimen de la Seguridad Social, que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social con excepción de la edad, que habrá de ser inferior a 5 años como máximo a la exigida con carácter general, a cuyo efecto el trabajador concertará, previo acuerdo con su empresa, un contrato a tiempo parcial, reduciendo la jornada de trabajo y el salario, entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 85 por 100 de aquéllos.

Cuando el trabajador acceda a la jubilación parcial a una edad real inferior a los sesenta y cinco años, sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que correspondan, la empresa deberá concertar simultáneamente un contra-

¹² María Teresa IGUARTA MIRÓ, «Jubilación parcial y contrato de relevo». Problemas relativos a la interpretación del requisito de estar desempleado impuesto al relevista. *Aranzadi Social*, n.º 18/2002.

to de relevo con un trabajador en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente.

La cuantía de la pensión de jubilación parcial será el resultado de aplicar el porcentaje de reducción de jornada al importe de pensión que le correspondería, de acuerdo con los años de cotización que acredite el trabajador en el momento del hecho causante, calculada de conformidad con las normas generales del Régimen de la Seguridad Social de que se trate, pero sin la aplicación del coeficiente adicional del 2 por 100, al que se refiere el artículo 163.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

El importe de la pensión, calculada de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no podrá ser inferior, en ningún caso, a la cuantía que resulte de aplicar ese mismo porcentaje al importe de la pensión mínima vigente en cada momento para los jubilados mayores de sesenta y cinco años, de acuerdo con las circunstancias familiares del jubilado.

A efectos de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación parcial cuando se acceda a la misma antes del cumplimiento de los sesenta y cinco años, no se aplicarán coeficientes reductores en función de la edad.

La jubilación anticipada en el Régimen General, regulada hoy en el artículo 161.3 de la LGSS, redactado últimamente por el artículo 3.1 de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, que permite acceder a la jubilación a los trabajadores que tengan cumplidos 61 años, se encuentren inscritos en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo mínimo de 6 meses, acrediten un período de carencia de 30 años (sin cómputo de pagas extras) y hayan cesado en el trabajo por causas no imputable a su libre voluntad.

Sin embargo, no se exige la inscripción en la oficina de empleo ni que el cese sea involuntario cuando en virtud de convenio colectivo el empresario haya abonado, durante al menos los dos años anteriores a la jubilación una cantidad (que le hubiera correspondido) que represente un importe no inferior a la suma de la prestación por desempleo y la cuota de SS (o convenio especial).

La jubilación anticipada se convierte en una posibilidad general, si bien bajo determinadas circunstancias que obstaculizan su aplicación generalizada, pues el régimen jurídico es más estricto que el transitorio derivado de la Transitoria Tercera, apartado 1, regla 2.^a de la LGSS

(mutualistas a 1 de enero de 1967). No obstante, tenderá a sustituir, por razones temporales, al antiguo régimen transitorio.

La pensión se reduce mediante la aplicación de coeficientes reductores, por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante le falte al trabajador para cumplir los 65 años: con 30 años, 8%; entre 31 y 34 años, 7,5%; entre 35 y 37 años, 7%; entre 38 y 39 años, 6,5%; con 40 o más, 6%.

Jubilación anticipada en supuestos especiales, pues la regla contemplada en el artículo 9.2 de la LGSS sobre conservación de derechos en curso de adquisición por parte de las personas que pasen de unos a otros Regímenes de Seguridad Social promovió, en el ámbito de las jubilaciones anticipadas, el dictado de la Ley 47/98 de 23 de diciembre, que establece normas respecto al reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación, cuando el interesado acredita cotizaciones en dos o más Regímenes de la Seguridad Social, sin que en ninguno de ellos, aisladamente considerados, reúna todos los requisitos para acceder a dicha pensión. En estos casos, se mantiene la posibilidad de que el interesado pueda acceder a la pensión anticipadamente, siempre que hubiese estado afiliado a un Régimen que reconociese ese derecho, aunque no sea aquel en que se acreditan el mayor número de cotizaciones, si bien se exige que el interesado acredite, del total de las cotizaciones efectuadas, al menos, una cuarta parte en alguno de los Regímenes que contemplaba el beneficio de la jubilación anticipada y que tuviese la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 o en cualquier fecha con anterioridad, o que se le certifique por algún país extranjero períodos cotizados o asimilados, en razón de actividades realizadas en el mismo, con anterioridad a las fechas indicadas.

La pensión de jubilación será objeto de reducción, mediante la aplicación del porcentaje del 8 por 100 por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al interesado para el cumplimiento de los sesenta y cinco años.

La jubilación anticipada en Regímenes Especiales. Nos referimos aquí a los variados supuestos en que la regla que sobre edad de jubilación en el Régimen General se contiene en el artículo 161.1.a) de la LGSS (cumplimiento de los 65 años de edad), se ve anticipada por la específica regulación para determinados colectivos, normalmente con trabajos especialmente penosos o singulares, en cuyas particularidades no podemos detenernos, pero que parten, bien del establecimiento de edades ordinarias inferiores a los 65 años, bien del establecimiento de bonificaciones o coeficientes reductores.

- Mineros, Real Decreto 298/73, de 8 de febrero, de Régimen Especial de la Minería del Carbón. RD 3.255/1983, de 21 de diciembre y RD 2.366/84, de 26 de diciembre.
- Ferrovianos, RD 2.621/1986, de 24 de diciembre y OM 30 de noviembre de 1987.
- Trabajadores del Mar, Decreto 2.309/1970, de 23 de julio y la Orden de 17 de noviembre de 1983.
- Personal de vuelo, RD 1.559/1986 de 28 de junio.
- Artistas, RID 2.621/1986, de 24 de diciembre y Orden de 30 de noviembre de 1987
- Profesionales taurinos, RD 2.621/1986, de 24 de diciembre y OM 30 de noviembre de 1987.

IV. El futuro de la prejubilación en la negociación colectiva

En el ámbito de las empresas y en el momento actual, como es sabido, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, no existe la posibilidad de pactar una edad determinada que imponga forzosa-mente el retiro o salida del trabajo y que obligue al trabajador a solicitar la pensión de jubilación de la Seguridad Social, sin perjuicio de la vigencia transitoria de pactos de jubilación forzosa en convenios colectivos vigentes con anterioridad a la derogación de la Disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores llevada a cabo el RDL 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

La esperada STS de 9 de marzo de 2004 pudiera representar, a primera vista, un cambio radical en el tratamiento de la prejubilación en los convenios, incluso el final de las masivas jubilaciones anticipadas en las empresas, aunque me atrevo a pronosticar que sólo servirá para encarecer las extinciones contractuales que tienen su causa en el cumplimiento de la edad de 65 años (en aquellos convenios que establecían dicha edad de jubilación) en determinados colectivos de trabajadores de mayor capacidad económica, por cuanto:

- Las prejubilaciones en las empresas si bien reguladas en convenio colectivo parten en muchos casos (en la mayoría) de la voluntariedad de la jubilación para el trabajador, quien se adhiere al sistema regulado, en general con importantes incentivos económicos, mediante la firma de un contrato. No es normal el establecimiento de edades de jubilación forzosa inferiores a los 65 años.

- Las prejubilaciones forzosas se pactan normalmente en el marco de expedientes de regulación de empleo que, a mi juicio, seguirán siendo fórmula válida para propiciar la salida forzosa de los trabajadores a determinada edad.
- Es deseable que el nuevo Gobierno propicie las medidas oportunas para rehabilitar la posibilidad de negociación colectiva sobre la materia hoy negada tras la derogación de la indicada disposición adicional décima.

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

• • • • •