

ESTUDIOS

REFERENCIA A DOS IMPORTANTES TRABAJOS PRELEGISLATIVOS EN LA LARGA Y DIFICULTOSA MARCHA HACIA NUESTRA REFORMA CONCURSAL (*)

LUIS VACAS GARCÍA-ALÓS

*Magistrado, Letrado del CGPJ, Doctor en Derecho
Diplomado en Alta Dirección por el INAP*

SUMARIO: I. La deteriorada situación de nuestra anterior legislación concursal. II. Los primeros trabajos prelegislativos.—III. El anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1959.—IV. El anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 1983. V. Recuerdo en homenaje a los citados autores prelegislativos.—VI. Las dificultades técnicas de la reforma, incluida su general implicación económica.—VII. Conclusión.

I. LA DETERIORADA SITUACIÓN DE NUESTRA ANTERIOR LEGISLACIÓN CONCURSAL

La legislación española sobre concursos de acreedores, quiebras y suspensiones de pagos, que integra lo que llamamos Derecho Concursal, se hallaba imperiosamente necesitada de una perentoria y sustancial revisión, pues era de toda evidencia que la desacreditada regulación actualmente derogada no daba satisfacción al interés público o social, ni al de los acreedores, ni al del deudor, ni al de los terceros afectados. Además, fomentaba abusos de todo género de que conocía la práctica.

Se venía denunciando así, desde hace mucho tiempo, la caótica dispersión de las múltiples normas concursales y paraconcursoales aplicables a los estados económicamente anormales o patológicos del deudor común, determinante de una confusión generalizada y de una total

(*) El presente trabajo coincide con la comunicación que el autor de estas líneas presentó a las últimas Jornadas de Estudio sobre *La nueva Ley Concursal*, organizadas por la Abogacía General del Estado, que ha autorizado expresamente al propio autor su publicación en este *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*.

ausencia de sistema que redundaba en la completa falta de seguridad jurídica; advirtiéndose, asimismo, de la remota antigüedad de aquellas normas –contenidas algunas en el Código de Comercio de 1829 (el denominado Código Sainz de Andino), promulgado por Fernando VII el día 30 de mayo de ese año, cuando en España no había todavía ferrocarril– que resaltaba la patente contradicción entre los principios que las inspiraban, basados en la realidad económica de entonces y los de la ideología actual, derivados de la situación económica de nuestros días –quiebra de los comerciantes individuales o sociedades personalistas, la denominada quiebra de tienda y almacén, *versus* concurso de las grandes empresas mercantiles o industriales–: así en el citado Código de 1829 encontramos dilatados plazos y curiosas y anacrónicas normas que todavía nuestros jueces tendrían que aplicar. Y se añadía también que consecuencias lógicas de tales defectos eran la desesperante lentitud y el elevado coste de nuestros procedimientos concursales, que agravaban esa visión realmente desoladora de lo que constituía la pasada regulación del Derecho Concursal español.

Y es lo cierto que esta situación empeoraba sobremedida con el aumento –por lo demás general en otras naciones, como subsiguiente a los estados de recesión económica– de las declaraciones judiciales derivadas de la insolvencia o iliquidez del deudor común, que aquí era necesario tratar con tan desajustados como enmohecidos instrumentos normativos.

II. LOS PRIMEROS TRABAJOS PRELEGISLATIVOS

A partir de la década de los años cincuenta del pasado siglo, se acusó en España la corriente reformadora, siendo muchos los juristas que entre nosotros propugnaron, en mayor o menor extensión, la renovación concursal, tanto en diversos trabajos publicados como en diferentes conferencias y congresos.

Pueden destacarse así el II Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1953, la Encuesta abierta en el Colegio de Abogados de Madrid en 1955 y las Reuniones XI, XII y XIII de Profesores de Derecho Procesal de 1976 y 1977. Es de significar que en estas últimas se presentó parte de un proyecto de Ley Concursal –publicado en la «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana»–. Posteriormente, en 1979, se redactó por el Colegio de Abogados de Barcelona un importante proyecto –publicado en la «Revista Jurídica de Cataluña»–. Por su parte, en el V Congreso de la Abogacía española de 1989 se solicitó la promulgación de una Ley Concursal nueva.

Seguimos de modo especial en la exposición de este estudio, y en algunos extremos literalmente, al magistrado Vacas Medina, ex Presidente de Sala del Tribunal Supremo, quien ya al comienzo del año 1953 empezó a escribir, en diversas publicaciones europeas y americanas, acerca de la acuciante necesidad de nuestra sustitución concursal, a lo largo de casi medio centenar de ensayos doctrinales y prácticos. Las citas literales que, válidas desde la naturaleza *sui generis* de este trabajo –comunicación a unas Jornadas de Estudio–, aquí se hacen y que conciernen especialmente a la reforma a que se alude, proceden de varios artículos del diario «ABC» –años 1983 y 1994– y de la «Revista Jurídica La Ley» –año 1995–.

Como antecedentes legislativos oficiales del cambio normativo puede aludirse a algunos parciales y ya lejanos, y así son el proyecto de reforma del libro IV del Código de Comercio, de 1891, y el anteproyecto de reforma del mismo Código, de 1926.

III. EL ANTEPROYECTO DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS DE 1959

En el curso de 1956-57, en el expresado Instituto de Estudios Políticos se advirtió seriamente la necesidad de la innovación concursal. Y con la iniciativa y el impulso de su entonces Director, Manuel Fraga, se designó una ponencia con dicho cometido dentro de la Sección de Justicia, que presidía el profesor Joaquín Garrigues. Esta ponencia –integrada por los vocales Cabanillas Gallas, Díez-Picazo y Ponce de León, Olivencia Ruiz y Vacas Medina– redactó un anteproyecto de Ley Concursal dividido en 277 artículos, que contenían novedades importantes al ofrecer un sólo cuerpo legal y recoger modernas orientaciones de la técnica jurídico-procesal; todo ello sin prescindir de las referencias histórico-legislativas pertinentes.

Entre las más notables características técnicas del anteproyecto pueden citarse la unificación del Derecho material y del Derecho Procesal, tanto para los comerciantes como para los no comerciantes; los supuestos del concurso; los efectos de la declaración del concurso sobre la persona del deudor y sobre los créditos; la masa de bienes del concurso; los contratos pendientes de ejecución; los órganos, operaciones, calificación, convenio y terminación del concurso; el concurso de sociedades; el concordato judicial; y los procedimientos de concurso y de concordato.

En 1959, y una vez concluídos los correspondientes trabajos, el anteproyecto fue entregado al entonces ministro de Justicia Iturmendi, pero no llegó a ulteriores trámites por claras razones políticas, de alcance internacional, motivadas con el planteamiento efectuado al Gobierno español, por parte del Gobierno de Bélgica, de una reclamación preparatoria de la correspondiente acción ante el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya, basada en una pretendida denegación de justicia en los Tribunales españoles a súbditos belgas por carencias de legislación, en un juicio universal de quiebra de gran repercusión mediática. Y es de significar que esta quiebra dio lugar a un apreciable aumento de nuestra literatura jurídico-concursal, ciertamente escasa hasta ese momento, adoptándose entonces por la doctrina patria encontradas posiciones sobre importantes materias.

Debe hacerse constar, por otra parte, que el referido anteproyecto se publicó, en sus líneas generales, en la «Revista Jurídica de Cataluña» y en otras revistas especializadas de Italia y de México. Posteriormente, se trató de ponerlo al día en dos ocasiones: la primera ocurrió en la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, siendo ministro Ruiz-Jarabo, donde comenzó a funcionar un grupo de trabajo, del que formaron parte, entre otros, los letrados del Ministerio González Botella y Blanco Campaña –y al que el Abogado Torres de Cruells prestó su crítica colaboración–, para efectuar sustanciales correcciones al anteproyecto en cuestión. Dedicó el citado ministro gran interés a este empeño normativo, declarando su estudio de carácter preferente; pero la crisis ministerial sobrevinida en marzo de 1975 dió al traste con esta iniciada labor prelegislativa.

En 1976 tuvo lugar la segunda de las ocasiones a que antes se ha hecho referencia, de actualización del reseñado anteproyecto. Concretamente, en la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, presidida a la sazón por el profesor Garrigues, en la que se empezó a considerar el cambio legislativo, utilizando como elemento base de la tarea señalada el mismo anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos. Se llegó incluso a redactar un borrador de este anteproyecto con sistemática distinta –lo cual facilitaba notablemente su aplicación práctica–, en el que tuvieron destacada intervención el abogado Casals Colldecarrera y el magistrado González Aguado. Este trabajo prelegislativo no llegó después a prosperar como consecuencia de diversas circunstancias, de variada índole.

IV. EL ANTEPROYECTO DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN DE 1983

Al presidir el profesor Aurelio Menéndez la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, varió acertadamente el sistema de trabajo seguido hasta entonces. Y, al entender que el anteproyecto de 1959 era, más que punto de partida, material para la elaboración de un texto distinto, se acordó el nombramiento por Orden de mayo de 1978, del entonces ministro Lavilla Alsina, de una ponencia especial que preparara las bases para un anteproyecto de Ley Concursal. A tal efecto se formó la ponencia por los catedráticos de Derecho Mercantil Olivencia Ruiz, Jiménez Sánchez y Rojo Fernández-Río, por el catedrático de Derecho Procesal Carreras Llansana y por el Magistrado Vacas Medina. Seguidamente, se redactaron las bases para la reforma y el texto articulado, que concluyó en octubre de 1981. Sometido este texto a información pública y aprobado por el Pleno de la Sección de Derecho Mercantil —a la que se añadieron vocales de las Secciones de Derecho Civil y de Derecho Procesal—, en junio de 1983 fue entregado al ministro Ledesma Bartret, publicándose en el mismo año por el Ministerio de Justicia.

El anteproyecto constaba de 398 artículos, siendo objeto de una revisión en 1987. Y según reza su exposición de motivos, el anteproyecto ofrecía el marco adecuado para la solución de la crisis económica del deudor común, armonizando la legítima pretensión de los acreedores al cobro de sus créditos con otros intereses en conflicto dignos de tutela, sobre la base de unidad legal —regulación de los aspectos materiales y formales del fenómeno concursal—, de disciplina —superación de la diversidad de régimen jurídico asentada en el carácter civil o mercantil del deudor— y de sistema —disposición de un procedimiento único, flexible y ajustado a las exigencias de la realidad, antes disperso en la pluralidad del concurso, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos—; agregando que para su redacción se tuvo en cuenta no solamente la doctrina elaborada en nuestro país en los últimos años, sino también las principales líneas maestras de la reforma de esta legislación emprendida en el Derecho comparado.

Debe ponerse de relieve que el anteproyecto regulaba las siguientes materias: el ámbito de la Ley y las condiciones de apertura del concurso; los órganos del concurso —el Juez, el Ministerio Fiscal, la sindicatura, la junta de acreedores—; la declaración judicial del concurso; los efectos de la declaración judicial sobre el deudor, sobre las relaciones jurídicas preexistentes y sobre los actos del deudor anteriores a la declaración; la insinuación, el reconocimiento, la calificación y la clasificación de los créditos; las modalidades del concurso —el convenio, la liquidación y la gestión controlada—; las operaciones del concurso —la determinación, la reducción, la custodia y administración, la liquidación de la masa activa y el pago de los acreedores; la calificación del concurso y la rehabilitación del concursado; la conclusión y la reapertura del concurso; las normas procesales comunes —la ordenación del procedimiento, el incidente concursal, los recursos y los gastos y costas judiciales— y, en fin, las normas de Derecho Internacional Privado.

Finalmente, el ministro De la Quadra-Salcedo dictó en mayo de 1992 una orden con el objeto de actualizar y revisar el borrador de anteproyecto de Ley Concursal, tanto en forma de bases como de texto articulado, para tener en cuenta, además, las orientaciones del Derecho comunitario al respecto, designando para ello la misma ponencia que anteriormente había intervenido. La ponencia hizo ya la nueva redacción de las bases, conforme a las instrucciones recibidas.

El anteproyecto de que hablamos fue estimado tan autorizadamente por el profesor Menéndez como un trabajo prelegislativo especialmente apreciable, tanto por su calidad técnica

como por el tratamiento sistemático y completo de toda la materia y por la ambiciosa puesta al día que suponía del ordenamiento concursal español.

V. RECUERDO EN HOMENAJE A LOS CITADOS AUTORES PRELEGISLATIVOS

No debemos dejar pasar esta ocasión sin dedicar un sentido recuerdo en homenaje a los autores prelegislativos de los anteproyectos de 1959 y de 1983, anteriormente citados, y que fueron, como ya se ha dicho, Cabanillas Gallas, Díez-Picazo y Ponce de León, Olivencia Ruiz y Vacas Medina, del primero, y Olivencia Ruiz, Jiménez Sánchez, Rojo Fernandez-Río, Carreras Llansana y Vacas Medina, del segundo.

Todos contribuyeron largamente, con su reconocido espíritu de trabajo y su demostrado saber y entender, a la redacción de ambos anteproyectos, después de infinidad de reuniones de trabajo fecundo que, en conjunto y por circunstancias diversas, se prolongaron durante varios años. La Ley, cuya vigencia ahora celebramos tanto, no hubiera llegado a ser lo que es, sin la eficacia y el tesón que estos autores pusieron para conseguir los respectivos anteproyectos.

Nuestro homenaje debe ser profundo y leal para todos. Pero especialmente hemos de citar a Pío Cabanillas Gallas, ya fallecido, Letrado que fue de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Notario y Registrador de la Propiedad, un brillante jurista y, sobre todo, una gran persona.

VI. LAS DIFICULTADES TÉCNICAS DE LA REFORMA, INCLUIDA SU GENERAL IMPLICACIÓN ECONÓMICA

Debe reconocerse como cierto que la causa de que se haya retrasado tanto tiempo la reforma concursal –aparte de connotaciones políticas, alguna ya aludida– radica sustancialmente en su ingente dificultad.

Dicha dificultad surgía fundamentalmente de la ardua técnica jurídica que conllevaba el régimen de las diversas instituciones concursales, singularmente las de carácter material, así como de los contradictorios puntos de vista –con los que en ocasiones se entremezclaban los contrapuestos intereses y otros de orden profesional– con que podían ser consideradas semejantes instituciones y que a veces originaron adversas críticas a los anteproyectos de que se viene hablando, particularmente al último que se ha comentado, del que se cuestionó desde su filosofía inspiradora hasta aspectos puntuales de la regulación entonces proyectada.

La dificultad afectó asimismo a las normas de carácter procesal del concurso. Sin necesidad de llegar a la tesis extrema del profesor Provinciali –acérrimo defensor en ella del pan-procesalismo del concurso–, siempre resultó incontrovertida la tradicional complejidad del procedimiento concursal, en cuanto que no era posible concebir, ni menos llevar a la práctica, la tramitación unificada en una sóla y continuada actuación, lo que hacía absolutamente indispensable –dadas las variadas e importantes consecuencias procesales y materiales de la declaración judicial del concurso y de otros fundamentales pronunciamientos judiciales ínsitos en el proceso– la fragmentación del procedimiento en secciones, piezas separadas y ramos distintos que, además de ser de trámites compactos, requerían naturalmente la articulación de un eficiente sistema de interconexiones.

Además, es preciso referirse a la influencia que en el fenómeno concursal tenían las circunstancias económicas de la correspondiente época, siendo su estimación fundamental a efectos de la pretendida reforma; y ello aunque no fuera, ni mucho menos, tarea fácil. De esta forma, se estaba en la idea de que tanto los expertos jurídicos como los políticos que llevaran adelante la revisión concursal habrían de tener muy especialmente en consideración, para el éxito de la misma, la realidad económica de la situación existente.

Desde el precedente orden de consideraciones se planteó la cuestión clave, tan debatida e influenciada por matices políticos, de si la regulación del concurso había de dirigirse primordialmente a la conservación de la empresa en crisis o a su liquidación. La primera tesis tenía su soporte en el proclamado carácter público del procedimiento concursal, con sus naturales motivaciones de la cobertura debida a la economía nacional en general y a las relaciones entre las empresas en particular, creando en el mismo procedimiento o fuera de él soluciones conservativas de variada índole. La segunda tesis se sustentaba en la precisión de satisfacer a los acreedores en su derecho de crédito, lo que se estimaba fin esencial del procedimiento. Pero solamente con la consideración del modelo constitucionalmente imperante —la economía de mercado— y con la cuidada valoración de los efectos económicos y sociales de la solución a adoptar, podía resolverse de modo correcto esta cuestión ciertamente controvertida.

En este mismo orden de ideas, otros extremos de la propia normación que se destacaban eran los siguientes: la procedencia de la adopción de medidas judiciales cautelares y previas; la determinación de los presupuestos objetivos de la declaración, con el catálogo de los hechos reveladores de la existencia de crisis económica y con clara delimitación entre los conceptos de insolvencia e iliquidez —de consecuencias procesales y materiales tan distintas—; la configuración de la sindicatura —funcionarial, de acreedores, profesional— y de la intervención; la valoración de los privilegios —especialmente los fiscales y de la seguridad social, los hipotecarios y pignoraticios y los laborales—; los efectos de ciertas acciones de reintegración de la masa; y, entre otros más, el alcance de la definitiva solución consensuada o liquidatoria.

Como sustento de las tesis que en su momento se venían defendiendo, se llegó a argumentar que alguna escuela económica, como la de Chicago del profesor Gary S. Becker, que fue Nobel de Economía en 1992, puso en primer plano esa indispensable cuantificación económica previa de los efectos de las normas jurídicas, extendiendo el dominio de la teoría económica a un amplio espectro de las conductas e interacciones humanas, antes tratadas casi en exclusiva por juristas, sociólogos o demógrafos.

Por consiguiente, y como apuntó en su momento el profesor Menéndez, cualquier actualización del Derecho concursal tradicional tenía que partir forzosamente de un conocimiento más preciso de la incidencia normativa en la realidad económica y social, no siendo posible ampliar o restringir el presupuesto objetivo de los procedimientos concursales si no se conociera previamente el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios y la relación porcentual entre las empresas que se liquidasen y las que pudieran ser conservadas; ni tampoco admisible, por ejemplo, que no se dispusiese de estadísticas sobre ese grado de satisfacción de los acreedores en el convenio o en la liquidación, ni sobre el número de suspensiones de pagos en las que la situación del deudor hubiese sido calificada como de insolvencia definitiva, ni sobre el número de quiebras en las que la insolvencia hubiera merecido la calificación de fraudulenta o culpable; afirmando el mismo profesor que, en tales circunstancias, optar por uno u otro principio de política legislativa era tarea que el político o el técnico tenían que realizar siguiendo, más que la intuición derivada del conocimiento propio de la realidad, datos objetivos previamente elaborados y expuestos científicamente al servicio del propósito de tal reforma.

VII. CONCLUSIÓN

El pasado día 9 de julio, las Cortes Generales aprobaron la nueva Ley Concursal, la Ley 22/2003. Como se lee en su Exposición de Motivos, *«la reforma no supone una ruptura en la larga tradición concursal española, pero sí una profunda modificación del derecho vigente, en la que se han tenido en cuenta las aportaciones doctrinales y prelegislativas realizadas en el ámbito nacional y las más recientes concreciones producidas en la legislación comparada, así como los instrumentos supranacionales elaborados para la unificación y la armonización del derecho en esta materia»*, añadiendo dicha Exposición de Motivos que *«a través de las medidas legislativas que establece la Ley, con plenas garantías constitucionales, se inserta en el ordenamiento jurídico español la reforma concursal, una de las más importantes piezas hasta ahora pendientes en el proceso de modernización de nuestro derecho»*.

El día de referencia debe ser, sin duda, un día de acción de gracias para los juristas españoles. La lamentable situación en alguna parte durante casi dos siglos sostenida, y que queda reflejada en anteriores apartados de este trabajo, ha desaparecido. Ahora estamos en presencia de una regulación moderna, bien sistematizada en la forma y racional en el fondo, naturalmente siempre con grandes dificultades orgánicas, materiales y procesales para su aplicación, que ya se aluden en alguna de las ponencias de los autores que intervienen en las Jornadas, y que consideran interesantes aspectos de la expresada reforma.

Terminamos este estudio diciendo que nuestra legislación concursal estaba, probablemente, más necesitada de revisión que ningún otro sector del ordenamiento jurídico español y que, como de la misma aseveró muy significativamente el profesor Prieto-Castro, era absolutamente impropia de un Estado de Derecho.