

**REFLEXIONES SOBRE EL CONVENIO PREVENTIVO EN LAS DIVERSAS
PROPUESTAS DE REFORMA DEL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL**

Jorge Luis López Curbelo

Profesor titular de Derecho Mercantil.

Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO:

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN
- II. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONCURSO DE ACREEDORES DE 1959
- III. EL ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL DE 1983
- IV. LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL DE 1995 (PALC)
 1. EL ORIGEN DE LA PALC
 2. ESTRUCTURACIÓN FORMAL DE LA PALC
 3. MANTENIMIENTO DE LOS INSTITUTOS LIQUIDATIVO Y PREVENTIVO
 4. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS
 - A) La cuestión terminológica
 - B) La desjudicialización de la suspensión de pagos
 - C) El presupuesto objetivo de la suspensión de pagos
 5. EL CONTENIDO DEL CONVENIO PREVENTIVO EN LA PALC
 6. LA ELABORACIÓN DEL CONVENIO PREVENTIVO EN LA PALC
 - A) Actuaciones previas a la elaboración del convenio preventivo
 - B) La regulación del convenio por adhesiones

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

En estos momentos de profundo cambio y transformación de nuestro Derecho concursal mercantil cobra extraordinaria importancia el análisis retrospectivo de los últimos y malogrados intentos de reforma de este sector del ordenamiento jurídico; importancia que se acrecienta, si cabe, al centrar la problemática de la cuestión en una de las más relevantes instituciones de este ámbito, cual es el convenio preventivo de las crisis económicas del empresario mercantil en contraposición al convenio resolutivo propio y característico de la quiebra.

Hace ya bastante tiempo escribía el profesor DUQUE DOMÍNGUEZ¹, refiriéndose a la gran relevancia social que tenían las quiebras y suspensiones de pagos en general, que en estas situaciones adquiriría súbitamente urgente y estremeceador sentido la pregunta acerca del modo en que podían arreglarse de la manera más satisfactoria los múltiples intereses que trascendían, por su magnitud y sensibilidad, los quebrantados sectores económicos donde la crisis se había producido.

La necesidad de *repensar* y modificar, tal vez en profundidad, nuestra institución concursal constituye una afirmación apodíctica reconocida por una amplísima mayo-

1 Cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, "La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX: El significado histórico de la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles", en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo, Madrid, 1981, p. 181.

ría de la doctrina², cuya veracidad no puede ser cuestionada en modo alguno³. Nuestra legislación concursal está aquejada, básicamente, de dos grandes males, que son su inadecuación a las profundas transformaciones sociales y económicas acontecidas en los últimos tiempos y su carácter fragmentario y disperso. Además de ello, las diferentes Leyes que integran el panorama concursal se han ido amontonando en el tiempo sin ningún orden ni método, hasta llegar a convertirse en un conjunto de disposiciones carentes de una adecuada estructura y sistematización internas. Como buena prueba de cuanto se afirma, baste recordar que la regulación del concurso, la quiebra y la suspensión de pagos está contenida en el Título XVII del Libro IV del Código Civil, en el Libro IV del Código de Comercio de 1885, en el Libro IV del Código de Sainz de Andino, en los Títulos XII y XIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922. Además de tales disposiciones, quedan otras de carácter especial, tales como las Leyes de 12 de noviembre de 1869 y 2 de enero de 1915 sobre suspensión de pagos y quiebra de compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas; la Ley de 19 de septiembre de 1896 y el Decreto de 5 de noviembre de 1934 sobre convenios entre compañías de ferrocarriles y sus acreedores sin llegar al estado de suspensión de pagos; la Ley de 9 de abril de 1904 sobre convenios de suspensión de pagos y quiebras de empresas concesionarias de obras públicas y la Ley 2 de enero de 1915 sobre suspensión de pagos de compañías de ferrocarriles y demás obras de servicio público. Ello sin contar las numerosas instituciones de carácter paraconcursal que resuelven el problema de la crisis económica de determinadas clases de empresas y que sistemáticamente han quedado excluidas de las, hasta ahora, frustradas propuestas de reformas de nuestro Derecho concursal.

No es este el lugar oportuno para abordar la ardua problemática que se cierne en torno a la naturaleza y concepto del convenio preventivo, ni mucho menos si tal institución debe ser incardinada dentro de las llamadas corrientes publicistas o contractualistas o, incluso, si merece ser acogida en el seno de las tesis de carácter sincrético. Baste recordar que se trata de un negocio jurídico complejo de formación sucesiva por el que el deudor-empresario conviene con sus acreedores el modo en que ha de cumplir sus obligaciones, previniendo la ejecución colectiva y cuyos efectos alcanzan, en principio, a todos sus acreedores (pues no debe soslayarse a los beneficiados por el derecho de abstención) desde la aprobación judicial del mismo y cuya finalidad última tiende a evitar, cuando fuere posible, la desaparición o extinción de

2 En la década de los años cincuenta se produjo una notable corriente reformadora, que tuvo manifestaciones notables. Tal es el caso de las "Actas del II Congreso Nacional de Derecho Procesal", que se publicaron en el año 1954 en la R.D.P., así como la "Encuesta abierta en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre problemas de interés legal", publicada en el Boletín del referido Colegio. Merecen especial mención las aportaciones de VACAS MEDINA, "Notas críticas sobre el vigente Derecho de quiebras español", Información jurídica, 1956, pp. 529 y ss. y la de OLIVENCIA, "El movimiento de reforma en el Derecho concursal español", R.D.M., 1962, pp. 99 y ss. Con posterioridad, aunque en la misma línea y sin ánimo de exhaustividad hay que destacar, entre otros, VICENT CHULIÁ, "En vísperas de la reforma del Derecho concursal español", R.J.C., 1978, pp. 919 y ss y "El contenido de nuestras instituciones concusales y las actuales perspectivas de reforma", R.J.C., 1979, pp. 670 y ss.

3 Vid. ROJO, "Notas para la reforma de la legislación concursal", R.D.M., 1975, p. 511.

la actividad económica del empresario mercantil y con ello la quiebra del empresario; idea ésta acorde con las nociones de saneamiento y recuperación de la empresa que, en gran medida han presidido las más recientes reformas del Derecho concursal europeo. Las aportaciones y reflexiones doctrinales sobre la materia, sea cual fuere el alcance de la indeclinable reforma legislativa en orden a la renovación de las envejecidas normas concursales españolas, estimamos que deben tener presente la conveniencia del mantenimiento del instituto del convenio preventivo⁴. Ciertamente es que la regulación que esta clase de convenio recibe en la vigente Ley de Suspensión de Pagos adolece de serios y graves defectos, tanto de carácter procedimental como sustantivo debidos, en gran medida, a las azarosas circunstancias históricas que alumbraron el nacimiento de dicha Ley y a las profundas transformaciones socio-económicas posteriores a su entrada en vigor. Mas, a pesar de ello, entendemos que entre las soluciones jurídicas a la crisis económica del empresario que han de estar presentes en la mente del legislador no debe quedar preterida la que brinda un convenio de tal naturaleza.

Múltiples razones abogan por el mantenimiento del instituto. Desde un punto de vista histórico, la institución hunde sus raíces en una tradición jurídica que se inicia prácticamente con el Código de Las Siete Partidas del siglo XIII, perfeccionándose en el siglo XVII con las Ordenanzas de Bilbao y manteniéndose en la legislación mercantil codificada, hasta llegar al Derecho positivo vigente. La institución resulta, por tanto, ínsita al espíritu y conformación histórica del Derecho concursal español. Desde una óptica objetiva y funcional que toma como punto de referencia la complejidad de la patología de la moderna empresa, el instituto se sigue revelando como un instrumento idóneo para preservar las situaciones de ejecución colectiva del patrimonio del empresario, a través del arreglo que, dentro de los cauces y límites que imponga la Ley, negocien libremente el deudor y sus acreedores⁵.

Ante las inminentes perspectivas de reforma de nuestro Derecho concursal, el expediente técnico de regulación del fenómeno de la crisis económica de la empresa no debería olvidar, al menos, las siguientes premisas:

- 1.^a Otorgar primacía a la institución del convenio frente a la liquidación.
- 2.^a Valorar adecuadamente la idea de la reactivación y recuperación de las empresas. Conjugarse de manera equilibrada el binomio: protección del crédito (esencial en la actividad empresarial) /saneamiento de la empresa viable. No se debe olvidar que la crisis de la empresa puede ser de tal gravedad que haga imposible su recuperación con lo que la idea de una ordenada liquidación no debe ser preterida en su integridad.
- 3.^a Mantener al deudor en sus funciones de administrador de la sociedad o de gestor de su actividad empresarial no inhabilitándole pero sí sujetándole a una administración controlada o intervenida.

4 Participa de esta opinión TORRES DE CRUELLES, "Nota-crítica a un Anteproyecto de Ley Concursal", R.J.C., 1.959, p. 762, quien estima que la institución de la suspensión de pagos debe conservarse en la legislación española futura con su naturaleza de beneficio legal del deudor de buena fe.

5 Sobre estas cuestiones, LÓPEZ CURBELO, *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, Barcelona, 2000, pp. 85 y ss.

- 4.^a Hacer una verdadera aplicación del principio de la *par conditio creditorum*, poniendo fin al artificioso sistema de créditos privilegiados o, al menos, reduciéndolo a una mínima expresión.
- 5.^a Establecer unos mecanismos rigurosos de valoración de la situación contable del empresario en crisis, mediante la realización de informes de expertos independientes que reflejen de manera objetiva la imagen fiel de su patrimonio y de su situación financiera real.
- 6.^a Regular, como no podía ser menos, la problemática de la eficacia del convenio frente a las garantías personales del deudor, tales como, por ejemplo, la fianza y el aval cambiario.
- 7.^a En definitiva, el Derecho comparado de los países de nuestro entorno más próximo nos ofrece todo tipo de soluciones en la línea apuntada para el tratamiento más adecuado de las situaciones de crisis económica de la empresa.

A la hora de abordar nuestro análisis retrospectivo vamos a centrarnos en el grado de importancia y atención que las diferentes propuestas de reforma del Derecho concursal español han venido dispensando al instituto del convenio preventivo.

II. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONCURSO DE ACREEDORES DE 1959.

Este Anteproyecto fue redactado por la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, creado por Ley de 9 de septiembre de 1939. Esta Sección estaba integrada por prestigiosos juristas: Garrigues, De La Plaza, Uría, Vacas Medina, Cabanillas Gallas, Olivencia y Díez-Picazo en calidad, este último, de secretario de la misma.

El Anteproyecto, en realidad, venía a restablecer la clásica distinción recogida en nuestro ordenamiento entre el deudor que cesa definitivamente en sus pagos y el que se atrasa temporalmente o prevé que va a retrasarse por carencia momentánea de medios, debida ésta a un entorpecimiento pasajero. Basándose en esta distinción se acogía una dualidad institucional: el concurso, que venía a sustituir a la quiebra y el denominado concordato judicial, que reemplazaba a la suspensión de pagos. Para el desarrollo de este esquema establecía el Anteproyecto un total de 277 artículos distribuidos en cuatro partes, así como una disposición transitoria y otra derogatoria. La parte primera se refería al concurso de acreedores; la parte segunda versaba sobre el concordato judicial; la parte tercera concernía al procedimiento de concurso y la parte cuarta aludía al procedimiento de concordato. En realidad, la primera y la segunda parte (un total de 175 artículos) iban destinadas a establecer normas o principios generales de derecho material, y la tercera y la cuarta a regular con detalle los procedimientos.

Este cuerpo legal dedicaba un gran número de sus preceptos a la regulación del concurso, que sustituía a la quiebra y que tenía como finalidad la liquidación del activo del deudor mediante un proyecto cuya redacción competía a los Administradores-Síndicos-, que se sometía a la aprobación de la Junta y a la homologación del Juez,

previando la posibilidad, incluso, de que se enajenara la empresa como un todo, concebida como una unidad económica, de carácter mercantil, industrial o agrícola. El Anteproyecto, en sus líneas esenciales, se caracterizaba, básicamente, por lo siguiente⁶:

- Establecía una unificación de procedimientos. Reducía a una la doble regulación que domina nuestro sistema, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, de manera que ofrecía un solo cuerpo orgánico de normas donde se unificaba el Derecho material y el Derecho adjetivo, dentro de una misma Ley que regulaba igualmente las insolvencias de los comerciantes y los no comerciantes.
- Preveía que la insolvencia era la base y justificación del concurso, entendiéndose por tal la incapacidad permanente de un patrimonio para pagar todas las deudas que pesaran sobre él. El Anteproyecto distinguía entre la insolvencia -causa- y la cesación de pagos -efecto-, situando el centro de gravedad del sistema en la insolvencia del deudor común. También se recogían otros dos modos de manifestación de la insolvencia cuales eran: el incumplimiento del concordato o el sobreseimiento del expediente para proponerlo y la falta de bienes libres bastantes para el pago en alguna ejecución cuando contra el deudor se siguieran dos o más ejecuciones por acreedores distintos.
- La legitimación activa para la declaración del concurso correspondía al propio deudor, a sus acreedores y al Ministerio público, con lo cual se ponía de manifiesto el interés general del Estado y de la economía nacional en este procedimiento.

6 A juicio de un autorizado intérprete de esta obra prelegislativa, como es TORRES DE CRUELLS, "Notacritica a un Anteproyecto de Ley Concursal", R.J.C., 1959, pp. 747 y 748, las principales novedades que el Anteproyecto pretendió introducir en la legislación concursal podían resumirse del siguiente modo: a) Acentuar una distinción que designa como "bifronte" entre las normas concursales que titula de Derecho material y las de Derecho procesal, olvidando que la quiebra y la suspensión de pagos o concordato preventivo son instituciones exclusivamente procesales y que, como tales, vienen tratadas en todas las legislaciones modernas. b) Unificar la quiebra de los comerciantes y el concurso de acreedores de los no comerciantes en una sola figura, que designa como "concurso de acreedores". c) Suprimir la suspensión de pagos, volviendo, en cambio a un "concordato judicial" semejante a la suspensión de pagos del Código de Comercio de 1885 también olvidando que, por ser objeto el sistema, desde la promulgación de este Código, de tantas críticas, se tuvo que derogar y alterar por la Ley de 1922. d) Tasar los supuestos de declaración de quiebras en una nueva regulación de la insolvencia, así como los motivos de oposición que debían desarrollarse en un incidente de doble trámite-instructivo y decisorio que copia el de impugnación de acuerdos de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. e) Suprimir el comisario y el depositario como órganos de la quiebra, creando, en cambio, un síndico técnico y dando mayores facultades al Juez pues, éste, incluso tendría que decidir exclusivamente sobre la verificación y la graduación de los créditos. f) Atenuar las cautelas penales sobre la persona del quebrado y limitar la calificación de la quiebra a dos clases: la fortuita y la culpable. g) Crear un nuevo trámite de aprobación del plan de liquidación de la masa activa en la quiebra. h) Establecer un proceso-tipo para todos los incidentes de la quiebra y prever el modo de terminarla, su reapertura y la forma de rehabilitación del quebrado. i) Dar normas muy distintas a las actuales sobre separación e integración de bienes en la masa activa y sobre los efectos de la declaración de quiebra en los contratos pendientes y en la masa pasiva. j) Alterar fundamentalmente el sistema de retroacción, suprimiendo la retroacción absoluta del actual artículo 878 del Código de Comercio. k) Dictar disposiciones especiales sobre la quiebra de las Sociedades.

- Establecía la existencia de un convenio resolutivo dentro del concurso, a cuyo amparo podía excepcionalmente darse cauce o salida a la situación concursal. Este convenio se caracterizaba porque los poderes del órgano jurisdiccional se veían enormemente reforzados, dado que, en virtud de la imparcialidad y posición preeminente de este órgano, se le confería, en definitiva, la decisión sobre la aprobación o desaprobación del convenio una vez aceptado por la mayoría de los acreedores.

La parte segunda del Anteproyecto se refería al concordato judicial. En realidad, se pretendía volver a la pureza dogmática de la dualidad de instituciones que había quedado desdibujada por la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922. Puede entenderse que la denominación de concordato judicial es acertada si consideramos que se suprime la de suspensión de pagos, que aunque gozaba de cierta tradición histórica, posee un significado ambiguo por cuanto que más bien se refiere al fenómeno de la paralización de acciones y ejecuciones, que es consecuencia de la iniciación de este tipo de procedimiento, pero que nada tiene que ver con su finalidad que es la preventiva de la quiebra. Precisamente, en este orden de ideas cabe sugerir que el empleo del término convenio preventivo habría estado revestido de una mayor pureza técnica, ya que define claramente la finalidad del instituto, sin incurrir en el riesgo de que fuera confundido con el del convenio del concurso, que venía regulado en otro lugar, esto es, el Título VI de la Parte primera de la obra, como una de las formas de terminación del concurso, situándose, pues, dentro del esquema propio de los convenios resolutivos.

Los preceptos que mejor caracterizan este tipo de concordato son los siguientes: a) El artículo 130, que dice que “el deudor que prevea la imposibilidad de pagar todas sus obligaciones en las fechas de sus respectivos vencimientos, podrá proponer judicialmente a sus acreedores un concordato siempre que concurren los requisitos expresados en el artículo siguiente”. b) El artículo 131, que establece que “la propuesta de concordato será admitida cuando al presentarla acredite el deudor de un modo suficiente: 1.º que posee bienes bastantes para cubrir todas sus deudas; 2.º que no ha sobreesido de una manera general el pago corriente de sus obligaciones”. c) El artículo 133 que reza, “los acreedores podrán oponerse a la admisión de la propuesta de concordato, cuando no concurren los requisitos expresados”. d) El número 5.º del artículo 260 y el artículo 265 que impone, bajo pena de sobreeser el expediente, “la obligación de consignar en la Caja General de Depósitos la cantidad que se estime necesaria para afianzar el pago de las costas del expediente. e) El artículo 169, que dispone que “en ningún caso se admitirán en el expediente del concordato quita o rebaja de los créditos”.

El presupuesto objetivo del concordato judicial responde a nuestra más inveterada tradición jurídica, puesto que, según las previsiones que fijaba este Anteproyecto, sólo podían beneficiarse de este procedimiento aquellos deudores de buena fe que, poseyendo bienes bastantes para cubrir todas sus deudas, no hubieran cesado de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones y, además, hubieran previsto la imposibilidad de satisfacerlas en las fechas de sus respectivos vencimientos. El presupuesto objetivo se configura como un caso de iliquidez, representado por

una imposibilidad temporal de cumplir o pagar el deudor sus obligaciones. De este modo, se garantizaba el cumplimiento del fin institucional propuesto, evitándose que el procedimiento se utilizara para fines espúreos, esto es, impidiéndose la consecución por parte del deudor de finalidades diversas de las que, según el espíritu de la obra, eran esenciales a la institución del concordato judicial. En consonancia con ello, se establecía un elenco de causas que impedían que la propuesta del concordato fuera viable, determinándose, además el sobreseimiento del expediente en aquellos casos en que se estimara que no podía cumplirse el objetivo esencial del procedimiento. De otro lado, se exigía la concurrencia de la buena fe del deudor incurso en este procedimiento, lo cual entronca al Anteproyecto con las Ordenanzas de Bilbao de 1737 que se referían a quien “por accidente no se halla en disposición de poderlo hacer con puntualidad...”; tradición que vino a ser quebrada por el artículo 1.003 del Código de Comercio de 1829.

En materia de órganos, esta obra representó un serio avance en la línea de simplificación y agilización del procedimiento, suprimiendo la pluralidad de Interventores, exigiendo tan sólo el nombramiento de un Interventor-acreedor y excluyendo en este punto toda actuación del Ministerio público.

En cuanto a la capacidad de obrar del deudor, ésta se mantenía incólume, pero se establecía la preceptiva autorización del Interventor, a quien le competía la aprobación de la ejecución de actos que revistieran naturaleza patrimonial.

El carácter preservativo de esta clase de concordato se pone de manifiesto al tratar de los efectos sobre los créditos, por cuanto se establecía como medida previa la paralización de las ejecuciones y la prohibición de iniciar otras nuevas contra el deudor. A este punto relativo a la paralización de acciones se refiere el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, pero en el Anteproyecto se abordaba de una manera más simplificada.

El contenido del concordato judicial mantenía una notable coherencia con el presupuesto objetivo del procedimiento. Dado que ningún deudor cuyo activo fuera inferior a su pasivo podía pretender acogerse a este concordato, es obvio que, en consonancia con ese postulado, estuvieran prohibidas las quitas o rebajas de los créditos. La propuesta del deudor sólo podía contener una espera, la cesión total o parcial de los bienes del deudor para enajenarlos o la cesión de la empresa para atender con sus productos a la satisfacción de los acreedores.

En general, el juicio que ha de merecer este esfuerzo del Instituto de Estudios Políticos que, lamentablemente por circunstancias de índole política no fraguó en nuestra realidad legislativa⁷, ha de ser positivo en su conjunto, porque recogió las más modernas orientaciones de la técnica jurídico-concursal de aquel momento. Representó un enorme avance si consideramos las distorsiones introducidas por la Ley de Suspensión de Pagos. Supuso un notable esfuerzo para centrar las instituciones concursales dentro de sus correctos parámetros, ya que, hasta entonces la institución de la suspensión de pagos había quedado completamente desvirtuada. Además, clarificó enormemente el panorama legislativo concursal al establecer una unidad legal (unificación de procedimientos) y una unidad de disciplina (prescin-

7 Cfr. VACAS MEDINA, “La reforma de nuestro Derecho concursal”, R.G.D. 1983, p. 1.037.

diendo del carácter civil o mercantil del deudor). Dentro de este contexto, la regulación del concordato judicial resultó globalmente acertada, salvando las reservas expuestas, destacando primordialmente la extraordinaria flexibilidad en materia de contenido del concordato al admitirse la *cessio pro solvendo* y la cesión de la empresa con la idea de mantenerla productiva, coservándola y aplicando sus rendimientos a la satisfacción de los créditos de los acreedores. En esencia, estas soluciones, aunque con matices y *mutatis mutandis*, han sido recogidas en la reforma del Derecho concursal francés⁸ (Leyes 84-81, de 1 de marzo de 1984, 85-98, de 25 de enero de 1985, así como las modificaciones introducidas por la Ley de 94-475 de 10 de junio de 1994), en el Derecho concursal portugués a través del Decreto-Ley 132/93, de 23 de abril en el que se regulan determinados mecanismos de recuperación de la empresa en crisis, tales como el *acordo* de acreedores, y la *gestao* controlada, así como también en el Derecho alemán a través de la *Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994 que, entre otros extremos, instaura el denominado *Insolvenzplan* (artículos 217-219) tendente a la conservación de la empresa.

III. EL ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL DE 1983 (ALC).

Este Anteproyecto tuvo su origen en una ponencia especial creada por Orden Ministerial de 17 de mayo de 1978⁹. Dicha ponencia estaba integrada por eminentes conocedores de la materia concursal, en concreto por: Olivencia, Jiménez Sánchez, Rojo, Carreras LLansanas y Vacas Medina. Esta comisión elaboró unas bases, de modo que una vez aprobadas se procedió a redactar un texto articulado del ALC por medio de una nueva ponencia especial formada por los mismos componentes de la anterior. De este modo, tras estudiar las enmiendas presentadas, se procedió a elevar definitivamente al pleno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el texto revisado del ALC el 23 de noviembre de 1982¹⁰, que resultaría aprobado el 27 de junio de 1983.

8 En realidad, puede apreciarse un movimiento de reforma del Derecho concursal en general y con carácter internacional y, en este sentido, la UE ha elaborado un Proyecto de Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia (Brusealas, 25 de septiembre de 1995) y Uncitral también se ha ocupado de los problemas inherentes a la insolvencia transfronteriza.

9 Con anterioridad a esta fecha, en 1976, la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, presidida a la sazón por GARRIGUES, empezó a tratar la reforma de la legislación concursal, utilizando como elemento básico el Anteproyecto de 1959 del Instituto de Estudios Políticos, redactándose un borrador de Anteproyecto en el que tuvo destacada intervención CASALS COLLDE-CARRERA. En un ámbito distinto, pero dentro del generalizado movimiento de reforma del Derecho concursal, ha de ser situado el *Proyecto de Ley Concursal* de 1979, elaborado por las Secciones de Derecho Fiscal, Mercantil y Procesal de la Comisión de Cultura del Colegio de Abogados de Barcelona. Vid. este anteproyecto en R.J.C., núm. 1, 1981, pp. 7 y ss.

10 El Anteproyecto definitivo recogió importantes enmiendas introducidas por algunos de sus miembros, tales como BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, SÁNCHEZ CALERO y VERGEZ SÁNCHEZ. En la formulación de enmiendas también intervinieron tres vocales de la Sección de Derecho Civil y tres de la Sección de Derecho Procesal. Es de justicia reconocer, sin embargo, que el Título XI del ALC relativo a las normas de Derecho Internacional Privado fue redactado por una ponencia especial y distinta formada por los profesores PASTOR RIDRUEJO y GÓNZÁLEZ CAMPOS. Cfr. VACAS MEDINA, "La reforma de nuestro Derecho Concursal", R.G.D., 1983, p. 1.037.

El ALC se componía de un total de 398 artículos, tres disposiciones finales y una adicional, distribuidas en once Títulos que, a su vez, estaban subdivididos en capítulos.

La reforma que representaba el ALC de 1983 perseguía -según se nos refiere en su Exposición de Motivos- la unidad legal, de tal modo que una sola Ley regulara los aspectos materiales y formales del fenómeno concursal; unidad de disciplina, superando la diversidad de régimen jurídico asentada en el carácter civil o mercantil del deudor, y unidad de sistema, haciendo confluir en un procedimiento único, flexible y ajustado a las exigencias de la realidad un tratamiento antes disperso en la pluralidad del concurso y la quiebra, y de los beneficios de la quita y espera y de la suspensión de pagos. Precisamente, el último extremo reseñado relativo a la unidad de sistema es el que rompía con la filosofía del anterior Anteproyecto del año 1959, por cuanto éste mantenía con claridad meridiana la dicotomía entre dos instituciones distintas, cuales eran el concurso por una parte y el concordato judicial por otra, preservando para cada una de ellas reglas procedimentales específicas.

Hasta entonces, (y así sigue siendo a falta de la consolidación de las diferentes reformas) el Derecho concursal se apoyaba en la quiebra para los casos de insolvencia en los que la satisfacción de los acreedores ante la incapacidad del patrimonio del deudor se buscaba a través de la ejecución colectiva de ese patrimonio. De otro lado, y con carácter preventivo, se mantenía la suspensión de pagos, que desembocaba en un convenio entre el deudor y sus acreedores, con su reflejo en la quita y espera para el ámbito civil. Sin embargo, el ALC superó ese esquema clásico, dado que se le marcaba al Derecho concursal español una nueva meta prioritaria: el saneamiento del patrimonio del deudor. Dentro de este esquema resultaba, pues, innecesario e incluso perjudicial el desdoblamiento de las instituciones y de los procedimientos concursales y se imponía la unidad de sistema¹¹. El ALC acogió un modelo de concurso que nada tenía que ver con el clásico concurso-liquidación, cuyo antecedente más remoto era la *manus injectio* romana. Se trataba del concurso-saneamiento en el que se intentaba evitar que el destino del patrimonio del deudor y con él las unidades productivas que lo integraban fueran liquidadas. Por tanto, ya no se trataba de un *creditorum concurrentium*, sino de un procedimiento que servía de escenario a todos los intereses implicados en una crisis patrimonial, con una especial consideración a los créditos de los trabajadores a quienes consideraba algo más que meros acreedores de un deudor o de una empresa. Por estas razones, el ALC abandonó completamente la dialéctica de la insolvencia y la iliquidez y colocó como centro de gravedad la situación de crisis económica. Desapareció el tradicional concepto de presupuesto objetivo que sirve de base para la apertura de un procedimiento concursal. Los redactores del ALC pusieron especial denuedo en evitar que el potencial estado patrimonial del deudor lesionara o amenazara gravemente el legítimo interés de los acreedores en la satisfacción normal y ordenada de sus créditos.

Estas reflexiones son las que justifican que no podamos tratar en detalle las características específicas del ALC, por cuanto las normas que se proyectaron nada tenían que ver

¹¹ Vid. en este sentido OLIVENCIA, "Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado", en "Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal", Madrid, 1985, p. 36.

con la mecánica específica del convenio preventivo. Simplemente, no existía tal institución en la propuesta de reforma de 1983 o, dicho en otras palabras, se eludió su regulación. De ahí que no sea nuestro propósito realizar un análisis pormenorizado del texto del ALC, cuya extensión excedería en demasía los límites del análisis que nos hemos trazado.

No obstante, parece conveniente resaltar que tan *sui generis* concurso revestía tres modalidades que eran (artículo 210 del ALC), la liquidación del patrimonio del concursado, la gestión controlada y el convenio entre el concursado y sus acreedores. Este último estaba regulado específicamente en los artículos 211 a 240 y quedó configurado como la solución normal ante una situación de crisis económica.

El convenio que se recogió en el ALC se aproximaba mucho en su naturaleza y finalidad a los convenios resolutivos. Se trataba de un instrumento que se insertaba dentro del procedimiento del concurso como una más de las posibilidades en que éste podía terminar. Era, pues, un convenio apto para evitar la liquidación de los bienes del concursado. Las tres soluciones previstas en cascada por el ALC compartían la misma exigencia de apertura del procedimiento. Ésta no era otra que una situación de crisis económica del deudor, que se manifestaría básicamente en hechos que por su naturaleza evidenciaran la existencia de un estado patrimonial que lesionara o amenazara gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de sus créditos y, en particular, según el tenor del artículo 9 del ALC: a) el sobreseimiento en los pagos que, aun no siendo definitivo ni completo, afectara al conjunto de las obligaciones del deudor o de una manera general a algunos supuestos tales como obligaciones tributarias, cuotas de la seguridad social, etc.; b) la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afectaran de una manera general al patrimonio del deudor; c) el cierre del último balance con activo realizable inferior al pasivo exigible, cuando el deudor estuviera obligado a llevar contabilidad; d) la desaparición injustificada del deudor del lugar de su domicilio o residencia o, en el caso de personas jurídicas, el abandono de su funciones por parte de los administradores, sin que en uno u otro caso se hubiera dejado representante con facultades generales y e) el abandono, alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. No había distinción alguna entre supuestos de insolvencia definitiva o provisional como ocurre en nuestra Ley de Suspensión de Pagos, lo cual es loable, siempre y cuando se hubiera establecido una clara distinción entre un supuesto objetivo para el concurso, como tal considerado, y otro para el convenio preventivo o un instituto de carácter preventivo del concurso.

En conclusión, pues, se trataba de un convenio dentro del procedimiento de concurso y no independiente de éste, al que tenía acceso todo deudor con independencia de la calificación que mereciera su conducta pasada, salvo que hubiere un incumplimiento culpable de un convenio anterior (artículo 239 in fine). El ALC se reveló como un ambicioso intento de construir en nuestro ordenamiento un nuevo sistema de Derecho concursal muy sensible a los problemas de conservación de la empresa y a determinadas valoraciones de carácter social¹². Cabe estimar, sin embargo, que debió prever en su normativa la existencia de un instituto preventivo de la crisis de la empre-

12 Vid. GONDRA, "Reflexiones en torno a la "funcionalidad" del sistema concursal proyectado", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense., Madrid, 1985, p. 177.

sa con un presupuesto objetivo independiente del previsto para el concurso, mediante el cual el deudor y sus acreedores pudieran lograr una solución negociada para el pago de los créditos/deudas, bien por la vía de la moratoria o bien admitiendo una fórmula mixta que amparara una remisión y una espera simultáneas o, incluso, otros contenidos típicos de los convenios concursales. Por tanto, lejos de subestimar, en absoluto, el meritorio esfuerzo realizado por los insignes redactores del Anteproyecto de 1983, debe reseñarse que esta obra careció de una importante pieza concursal, que debió figurar en su regulación, aunque quedara sujeta a todas las adaptaciones y modernizaciones necesarias acordes con la filosofía que inspiraba el ALC.

IV. LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL DE 1995 (PALC).¹³

1. El origen de la PALC .

El 23 de junio de 1994 el entonces Ministro de Justicia e Interior comunicó a la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación dieciocho criterios básicos para la elaboración de un Anteproyecto de Ley Concursal. Con la idea de dar comienzo a esta tarea se confió a uno de los vocales de la Sección, el profesor Rojo, la redacción de una Propuesta de Anteproyecto que, una vez culminada, fue entregada a la Comisión General de Codificación el 12 de diciembre de 1995¹⁴, sin que tales esfuerzos reformadores llegaran a cristalizar definitivamente en una nueva Ley Concursal.

La PALC¹⁵ se configura como un intento más de reformar el lamentable estado en que se encuentra la disciplina de la crisis de la empresa, anclada en arcaicas concepciones. Sin embargo, a diferencia de los Anteproyectos anteriores, el presente trabajo toma como punto de partida el desarrollo de las dieciocho directrices básicas elaboradas por el Ministerio de Justicia e Interior, lo cual ha condicionado, en gran medida, el alcance y contenido de la referida Propuesta.

2. Estructuración formal de la PALC.

Desde un punto de vista estructural, la PALC está integrada por 14 Títulos divididos en Capítulos y éstos en Secciones. Los Títulos versan respectivamente sobre la decla-

13 Con anterioridad a la elaboración de la PALC pueden ser traídos a colación tres intentos infructuosos de actualización del Derecho concursal: un Anteproyecto de Ley de 1987 por el que se delegaba al Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley sobre el concurso de acreedores; el intento de actualización y revisión en el año 1992 del Borrador de Anteproyecto de Ley Concursal anteriormente citado y, finalmente, en el año 1993 y en otro ámbito distinto el denominado "Borrador de Anteproyecto de Norma sobre información de empresas en suspensión de pagos" redactado por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas que, entre otros extremos, suponía una vulneración al principio de jerarquía normativa y una contravención a los límites de la delegación contenida en el R.D. 1.643/1990 de 20 de diciembre, que aprobaba el Plan General de Contabilidad, por lo que no podía regular esta Norma el balance especial del suspenso previsto en la Ley de Suspensión de Pagos.

14 No tenemos conocimiento acerca de si este trabajo prelegislativo fue, efectivamente, informado por una Ponencia especial integrada por los profesores OLIVENCIA y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, antes de ser estudiado y debatido por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación.

15 Esta obra prelegislativa ha sido publicada por la Secretaría de Estado de Justicia en el suplemento al B.I.M.J. número 1.768, de 15 de febrero de 1996, pp. 919 y ss.

ración judicial del concurso, los síndicos y los interventores, los efectos de la declaración judicial del concurso, la masa activa, la masa pasiva del concurso, la Junta y la Comisión de acreedores, el convenio, la liquidación, la calificación del concurso, las normas sustantivas y procesales comunes, la suspensión y la conclusión del concurso de acreedores, el concurso de la herencia, normas de Derecho internacional privado y la suspensión de pagos. El texto recoge, pues, un total de 298 artículos, 17 disposiciones adicionales, una disposición transitoria, otra derogatoria y 4 finales.

3. Mantenimiento de los institutos liquidativo y preventivo.

La PALC, como se reconoce en su Exposición de Motivos, representa un punto de equilibrio entre las concepciones concursales clásicas y las modernas, acerca de lo que debe ser la legislación concursal. En este sentido, se aleja del modelo de 1983 para aproximarse un poco más al Anteproyecto de 1959, en cuanto que mantiene el carácter bifronte de los institutos concursales, esto es, liquidación y prevención. No se acoge, por tanto, ningún instituto de carácter conservativo/reorganizativo como es el caso de la gestión controlada prevista en la obra prelegislativa del año 83. De otro lado, al igual que ocurriera con los otros trabajos prelegislativos, quedan unificados los aspectos materiales y adjetivos en una sola Ley que es aplicable a cualquier deudor, con independencia de su carácter civil o mercantil; reconociéndose, además, -según se trasluce en muchos de sus preceptos, arts. 4-2.º, 5-1.º, etc.- la circunstancia según la cual la mayoría de los sujetos del moderno tráfico económico suelen adoptar como forma de organización la propia de las sociedades mercantiles que, con frecuencia, se integran en grupos de sociedades.

Como adelantábamos anteriormente, la PALC, por imperativo de las directrices marcadas por el Gobierno, a través del Ministerio competente, descansa en la distinción entre el concurso de acreedores y la suspensión de pagos. La distinción es consecuencia, fundamentalmente, de la adopción de un determinado criterio en materia de presupuestos objetivos que sirvan de apertura a ambos procedimientos. De este modo, la declaración concursal tiene como presupuesto objetivo la insolvencia, entendida como la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones, bien por insuficiencia de bienes propios, es decir, cuando el pasivo exigible es superior al activo real o por falta de crédito (artículo 2). Se introduce un sistema de presunciones que tiene como objeto facilitar la prueba de la existencia del presupuesto objetivo. La insuficiencia de bienes propios se presume cuando los embargos por ejecuciones pendientes afecten a la totalidad o a la mayor parte del patrimonio del deudor. La falta de crédito se presume cuando el instante fuera titular de uno o más créditos que hubieran vencido, al menos, tres meses antes de la presentación de la solicitud de concurso. En cambio, el presupuesto objetivo de la suspensión de pagos requiere, tal y como veremos posteriormente, que no se tengan obligaciones vencidas o, en caso de tenerlas, que las vencidas no superen el cinco por ciento del total pasivo y que en ningún caso el vencimiento sea anterior en más de tres meses a la fecha de otorgamiento del acta notarial que se exige a estos efectos. Como puede observarse, es indispensable que el activo sea manifiestamente superior al pasivo. Además de ello, la PALC recoge otros requisitos con cuyo análisis nos adentramos en el estu-

dio de determinados aspectos de la regulación del procedimiento de la suspensión de pagos y del convenio preventivo en la Propuesta de reforma proyectada.

4. Características generales del procedimiento de suspensión de pagos en la PALC.

A) La cuestión terminológica

Extrañamente, la PALC ha optado por acoger la denominación de suspensión de pagos para designar al instituto preservativo de la liquidación concursal por antonomasia.

Dos son, a nuestro juicio, las razones que justifican la orientación favorable a tal terminología. De una parte, el peso de nuestra tradición histórica en materia concursal ha sido determinante¹⁶. El Código de Comercio de 1829 en sus artículos 1.002 y 1.003 abrigó por primera vez plenamente tal término; de manera que, desde aquellas calendas hasta los presentes tiempos, esa expresión ha venido empleándose sin solución de continuidad y sin que la PALC constituyera una excepción al respecto. De otro lado, la redacción de unos criterios básicos para la reforma concursal por el propio Ministerio¹⁷ ha representado, sin duda, una suerte de imposición que la PALC obligatoriamente ha tenido que observar.

En estricta puridad técnica debió haberse acogido la denominación de convenio preventivo por ser más acorde con la naturaleza y finalidad del instituto, como acontece, v. gr., con la *Legge fallimentare* de 16 de marzo de 1942. En este sentido, la postura adoptada por el malogrado Anteproyecto de 1959, al inclinarse por el término concordato judicial, aun sin ser del todo aceptable, por los argumentos expuestos en su momento, parece más apegada a la realidad y significado del concepto. En suma, pues, hubiera sido preferible aprovechar la oportunidad que brindada por a este intento de reforma para desechar una expresión que hace referencia más bien a la paralización de las ejecuciones contra el deudor que, a su vez, llega a ese estado porque “suspende pagos¹⁸”, que es el origen etimológico de la expresión; pero que nunca expresa la finalidad ínsita a este procedimiento, que viene a ser la consecución de un convenio que sirva de medio para satisfacer los créditos de los acreedores y evitar la liquidación del patrimonio del deudor.

16 TORRES DE CRUELLES, “Nota-crítica...”, cit., p. 762, en sus reflexiones sobre el intento de reforma de 1959 advertía que el uso de la expresión “suspensión de pagos” se debía a la tradición popular de la misma, de modo tal que, incluso, ha sido copiada por otros países hispanoamericanos.

17 En este sentido entre los criterios básicos comunicados por el Excm^o Sr. Ministro de Justicia e Interior al Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el 23 de junio de 1994, el que se recoge bajo el guarismo 2 dice textualmente: “Regulación de dos procedimientos, la “suspensión de pagos” y el “concurso de acreedores”, con conversión automática en concurso de la precedente suspensión de pagos en los casos taxativamente establecidos”. Cfr. el suplemento al B.I.M.J., núm. 1.768, cit., p. 5.

18 Esta idea se encuentra perfectamente recogida en el Número II del Capítulo XVII de las Ordenanzas de Bilbao de 1737 en donde se dice que “...comerciantes que no pagan a su debido tiempo...”, queriendo expresar, precisamente, que suspenden sus pagos a sus acreedores.

19 En esta materia debía que estar a lo dispuesto en el Título XIII y en el Capítulo II del Título XVIII de la Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de noviembre del Código Penal.

B) La desjudicialización de la suspensión de pagos

Se observa un alto grado de desjudicialización en la tramitación de la suspensión de pagos, tal y como queda configurada en la Propuesta de reforma. En efecto, la sustanciación del procedimiento, con parca y sintética regulación, no descansa de manera exclusiva en el Juez, como ocurre en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, sino que entra en escena por primera vez y de una manera notable la figura del Registrador Mercantil y, en menor medida, la del Notario. Ello supone una gran simplificación en el desarrollo del procedimiento, con la consiguiente desaparición de muchos plazos y trámites de carácter estrictamente procesal. Como prueba de ello, baste indicar que el expediente de suspensión de pagos proyectado se inicia, no con la presentación en el Juzgado de solicitud alguna, sino con el otorgamiento del acta notarial correspondiente.

C) El presupuesto objetivo de la suspensión de pagos

Cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, con independencia de su condición civil o de su carácter de empresario mercantil, podía acogerse al beneficio que representa esta clase de procedimiento, siempre y cuando reuniera dos clases de requisitos, uno, que podría denominarse de carácter económico y otro, de tipo moral.

El primero ha de estar reflejado en el acta notarial que sirve de inicio a la suspensión de pagos. Este documento debía contener, ante todo y primordialmente, la manifestación del deudor de querer constituir en estado de suspensión de pagos. Por tal motivo, hubiera sido deseable que el tenor literal del párrafo primero del artículo 271 de la PALC contuviera otra redacción, puesto que dicho precepto advertía: “En el acta notarial en la que se constituya en estado de suspensión de pagos, hará constar el deudor las siguientes manifestaciones”. Sin embargo, podía ocurrir que, tras la calificación del acta y de los documentos anejos resultaran defectos que impidieran declarar aquel estado, con lo cual nunca habría llegado a producirse y, en consecuencia, no se habría producido nunca la suspensión de pagos, porque su declaración no incumbía al Notario que otorgaba el acta. Tal posibilidad podría haberse evitado con una más afortunada redacción del referido precepto, tal como *v.gr.*, “en el acta notarial en la que se contenga la solicitud de declaración del estado de suspensión de pagos...” o cualquier otra fórmula de contenido similar. En definitiva, el documento notarial en cuestión no poseía, por así decirlo, carácter constitutivo de la suspensión de pagos, sino que constituía una simple solicitud de que se declare tal estado.

En el acta habían de incluirse dos manifestaciones de extraordinaria importancia que, en realidad, conformaban el presupuesto objetivo económico de la institución. La primera, según rezaba el artículo 271, párrafo segundo, consistía en que el deudor tenía que afirmar que se encontraba al corriente en el pago de los tributos y de las cuotas de la Seguridad Social. La segunda, a la que hemos tenido ocasión de aludir, debía expresar, según preceptuaba el artículo 271, párrafo tercero, que el deudor no tenía obligaciones vencidas o, en caso de tenerlas, que las vencidas no superan el cinco por ciento del total pasivo y que en ningún caso

el vencimiento era anterior en más de tres meses a la fecha de otorgamiento del acta. Ambas manifestaciones, en realidad, denotaban el criterio enormemente restrictivo que presidía la regulación de este convenio preventivo. El origen de esta orientación se debe a que en sus criterios básicos el propio Ministerio dictaminó que la finalidad esencial de la suspensión de pagos era la consecución de un convenio de continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor común con la colectividad de sus acreedores. Por tal razón, no se admitían convenios preventivos que contuvieran quitas de cualquier género. Con la adopción de este criterio se retornó a la más pura tradición histórica en materia de presupuesto objetivo.

De otro lado, además, la conducta del deudor debía responder al requisito de la seriedad, aun cuando no se hiciera referencia alguna a las causas productoras del estado de suspensión de pagos. En este sentido, la PALC era realmente estricta y severa al establecer cuatro grupos de causas distintas que impedirían al deudor constituirse en estado de suspensión de pagos. Esta materia venía regulada en el artículo 274 bajo el epígrafe de “prohibiciones”.

El primer grupo de causas hacía referencia a la circunstancia relativa a personas que con anterioridad hubieran sido condenadas por cualquier clase de delito contra el patrimonio o contra el orden socio-económico o por falsedad documental¹⁹. Para el caso de que el deudor fuera persona jurídica, le estaba vetado tener administradores en los que concurriera esta circunstancia o haberlos tenido en los tres años anteriores a la fecha en que se constituyera en estado de suspensión de pagos. En el ámbito del Derecho comparado, el artículo 160-3.º de la *Legge Fallimentare* contiene un precedente sobre tal tipo de prohibiciones al exigirse, como condición previa para la admisión al procedimiento, que el deudor no haya sido condenado por “banarrota” o por delito contra el patrimonio, la fe pública, la economía pública, la industria o el comercio.

El segundo grupo de causas hacía referencia a aquellos sujetos inscribibles en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con una antelación de, al menos, tres años a la fecha en que se constituyeran en estado de suspensión de pagos.

En el tercer grupo están incluidas aquellas personas que, durante los tres últimos ejercicios, estando obligadas legalmente a ello, no hubieren llevado contabilidad, no hubieren sometido a auditoría las cuentas anuales o no las hubieran depositado en el Registro Mercantil.

Finalmente, un último grupo contemplaba a aquellos deudores que, dentro de los tres últimos años, se hubieran constituido en estado de suspensión de pagos o hubieran sido declarados en concurso de acreedores.

La inserción de este último grupo en el catálogo de prohibiciones que impedían acceder a la suspensión de pagos respondía a una habitual preocupación en el legislador, que también se aprecia en otros ordenamientos. Es el caso, v. gr. del artículo 160-2.º de la *Legge Fallimentare* o del artículo 3-2.º de la derogada *VglO* del Derecho alemán. Sin embargo, en los grupos segundo y tercero se encerraban causas impeditivas que no tenían parangón en el ámbito del Derecho concursal comparado en vigor o de reciente derogación. En consecuencia, ni las sociedades en formación ni las sociedades irregulares podían

acogerse al beneficio de la suspensión de pagos, aunque el artículo 286.2. del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989 contuviera previsiones distintas al respecto. Respecto del empresario individual, sobre quien no pesa expresamente la obligación de inscribirse en el Registro Mercantil (art. 19-1.º del Código de Comercio), pero que tiene acceso al mismo, por ser sujeto inscribible, según resultaba de los artículos 16 del Código de Comercio y 87 del Reglamento del Registro Mercantil vigente a la sazón, se planteaba la duda acerca de si podía acogerse al estado de suspensión de pagos, aun cuando no estuviera inscrito.

El juego de los artículos 271 y 274 de la PALC, junto con los numerosos documentos que debían adjuntarse al acta notarial inicial, configuraba un severísimo presupuesto objetivo para acceder al estado de suspensión de pagos. Ello determinaba que este procedimiento adquiriera un carácter excepcional y residual respecto del concurso, que se erigiría en regla general, invirtiéndose, pues, los términos de nuestra realidad concursal, en la que, hasta ahora, la suspensión de pagos se ha convertido en el expediente por el que se reconducen la mayoría de las crisis económicas empresariales, si bien también es relevante el incremento notable de los procedimientos de quiebra voluntaria. Una vez más, se operó un cambio pendular en el terreno de las reformas legislativas. Se pretendió pasar, pues, de una situación en la que podía acogerse al beneficio que representa la suspensión de pagos el deudor empresario con un activo inferior al pasivo con independencia de la valoración moral de su conducta, a otra en la que se exigía que el deudor tuviera un activo real cuyo valor fuera superior a su pasivo exigible, como mínimo, en un tercio de este último (artículo 272-6.º). Además, no se le admitían obligaciones vencidas, salvo el supuesto del cinco por ciento y se requería seriedad en su conducta en los términos señalados.

5. El contenido del convenio preventivo en la PALC.

A este extremo se refiere el artículo 271-2.º cuando advertía que: “El acta incluirá una propuesta de convenio para pago de las deudas en el plazo máximo de tres años, sin quita o condonación de clase alguna, acompañada de un plan de continuación, en el que deberá especificarse el cuadro de financiación, con descripción de los recursos necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor durante el período de cumplimiento del convenio, así como sus diferentes orígenes”.

Esta regulación del contenido del convenio preventivo supone el cercenamiento o, al menos, una fuerte restricción del principio de la autonomía de la voluntad en materia de negociación del contenido de los convenios concursales, a cuyo amparo se obtiene una gran amplitud y flexibilidad en el contenido de los mismos. Desde el momento en que se reduce el ámbito de operatividad del citado principio, se deja un estrechísimo cauce a las partes del convenio para la determinación de sus cláusulas. La PALC supuso, en gran medida, un retorno a los esquemas de la Ley de 10 de junio de 1897, mediante la cual se alteró la primigenia redacción de la suspensión de pagos prevista en el Código de

Comercio de 1885. Con este esfuerzo prelegislativo se pretendió retornar al régimen de la solvencia y, en consecuencia, al de la espera, suprimiéndose toda posibilidad de quitas o remisiones²⁰.

En realidad, no se puede reconocer en la PALC, en sentido estricto, la existencia de unas partes que negocien el contenido del convenio, puesto que, según la misma, incumbía al deudor la elaboración de una propuesta de convenio que debía insertarse en el acta notarial inicial, sin que fuera factible modificarse un ápice el contenido de la misma ni por el deudor ni por sus acreedores. Cabe presumir que el deudor, haciendo uso de las facultades que le reconocía el texto prelegislativo, se podía acoger a la fórmula que le permitiera la máxima espera, esto es, tres años. Ahora bien, la auténtica novedad estribaba (art. 280-3.º) en que la empresa o el patrimonio de que se tratase debía ser viable económicamente. No cabía, por consiguiente, proponer una espera, sin más. En los términos del texto era preciso establecer un plan de continuación en el que debían especificarse dos extremos: a) Un cuadro de financiación; b) La descripción y origen de los recursos con que contaba el deudor para el mantenimiento de su actividad, profesional o empresarial, durante el período de tiempo de cumplimiento del convenio, que debía coincidir con la espera propuesta.

Competía a los acreedores la estimación acerca de si el plan de viabilidad propuesto por el deudor era factible y, por tanto, su admisibilidad o rechazo y, con él, la aceptación o no del convenio mismo. No era posible plantear hipótesis de daciones en pagos de ningún género, esto es cesiones *pro solvendo* o *pro soluto*. La PALC era clara al respecto, pues sólo admitía moratorias para el deudor cuando las empresas o patrimonios, en general, contuvieran un plan de continuación verosímil.

6. La elaboración del convenio preventivo en la PALC.

A) Actuaciones previas a la elaboración del convenio preventivo

Dentro del expediente de suspensión de pagos cabía distinguir, en rigor, dos tipos de actuaciones claramente diferenciadas, puesto que unas tenían un carácter preliminar o preparatorio del convenio y otras se referían, más propiamente, a la elaboración del propio convenio en sí mismo considerado.

El carácter preliminar de las primeras se justificaba por cuanto que iban dirigidas a la sustanciación y desarrollo del procedimiento a fin de posibilitar la consecución

20 La derogada *Vg/O* admitía la posibilidad de importantes quitas, pues su artículo 7 exigía que el deudor debía garantizar a los acreedores, al menos, el treinta y cinco por ciento de sus créditos. Otro tanto ocurre en el Derecho italiano con el artículo 160 de la *Legge Fallimentare* cuando dispone que el deudor ha de ofrecer serias garantías de pagar al menos el cuarenta y cinco por ciento del importe de los créditos quirografarios. La Propuesta de reforma se apartó de esta línea y retornó a la esencia histórica de nuestra suspensión de pagos, que es el simple convenio que contenga una moratoria o simple aplazamiento de los pagos. Las posibilidades de quita quedaron reservadas para el convenio dentro del concurso que pusiera fin al mismo. En este sentido el artículo 152 de la PALC pareció dejar a la entera libertad del deudor el contenido de la propuesta de convenio, siempre que estuviera acompañada del respectivo plan de continuación o liquidación y que el tope máximo de las remisiones de deudas, según se desprendía del artículo 159-2.º de la PALC, fuera inferior al veinte por ciento de los créditos ordinarios vencidos, con lo cual la liquidación de bienes era la modalidad de terminación del concurso más común, en los casos en que no fuera viable la cesión total o parcial del activo.

de un convenio preventivo. Según el esquema proyectado en la PALC, tal grupo de actuaciones se iniciaban con el acta notarial comprensiva de la solicitud del estado de suspensión de pagos y de la propuesta de convenio. Este momento inicial tenía su reflejo en la estructuración formal de la Propuesta de reforma al agruparse en los Capítulos I y II las disposiciones que integraban esta primera fase de actuaciones preliminares, recogiendo el Capítulo III las normas relativas a la elaboración del convenio, propiamente dicho.

Las actuaciones previas en el procedimiento de suspensión de pagos eran básicamente las siguientes:

- 1.^a Otorgamiento del acta notarial con el contenido exigido por la PALC y con los documentos que necesariamente habían de adjuntarse.
- 2.^a Calificación del acta y de los documentos anexos por el Registrador mercantil. Una vez declarado el estado de suspensión de pagos del deudor se producían unos efectos específicos entre los que cabía destacar, como importante novedad, la suspensión del curso de los intereses, legales o convencionales. En la vigente Ley de Suspensión de Pagos de 1922 la declaración de tal estado es una competencia exclusiva del Juez, quien dicta auto declarando al solicitante en estado de suspensión de pagos, porque así lo determina el artículo 8 de la citada Ley. Por el contrario, la PALC otorgaba este cometido al Registrador mercantil, puesto que a él se le encomendaba la calificación del acta notarial que presentaba el deudor, junto con los documentos que la acompañaban. Si se trataba de un sujeto inscribible, el Registrador procedía a anotar la constitución del estado de suspensión de pagos en la hoja abierta al deudor, aunque entendemos que en rigor técnico lo que procedería era la inscripción del estado de suspensión de pagos, pero no su anotación, pues así se estipulaba en el apartado octavo del artículo 87 del Reglamento del Registro Mercantil, vigente por entonces. Para el caso de que el sujeto en cuestión no tuviera acceso al Registro mercantil, la PALC guardaba silencio al respecto. Una vez que se abriera el expediente el Registrador mercantil lo pondría en conocimiento del Juez con carácter inmediato y éste, si se estimaba competente para conocer del procedimiento de suspensión de pagos de manera automática asignaría al expediente número de autos. Cabe colegir, por tanto, que no existía una declaración del estado de suspensión de pagos formal y solemne que se exteriorizara mediante algún tipo de resolución judicial. En realidad, el estado de suspensión de pagos resultaba de la inscripción que practicara el Registrador mercantil, una vez calificados los documentos que le fueran presentados, si de ésta no se desprendían defectos. Nunca se produciría, en consecuencia, según la PALC una resolución judicial declaratoria de tal estado, como ocurría para el caso de la declaración del concurso (art. 12) en que específicamente se advertía que el Juez dictaría sentencia declarando el concurso de acreedores. Si como consecuencia de la calificación del Registrador resultare que se apreciaran defectos, el artículo 276-3.^o de la PALC exigía que no se abriera el expediente ni se practicara anotación alguna, aunque los defectos fueran subsanables. Cabe que nos interroguemos, a este respecto, si la regulación que pretendía

introducir la PALC con el artículo 276-3.^o era susceptible de producir una derogación del artículo 62-4 del Reglamento del Registro Mercantil de 1989, a cuyo tenor era posible que se practicara, a solicitud del interesado, la correspondiente anotación preventiva, así como del artículo 64 del mismo cuerpo legal, que facultaba al interesado para subsanar los defectos observados.

Tampoco se nos esconden las dificultades que se derivarían para el deudor como consecuencia de una calificación registral errónea o no ajustada a Derecho. Hay que entender que cabía la interposición del correspondiente recurso gubernativo contra la calificación que atribuyera a los títulos presentados algún defecto²¹. Ahora bien, la resolución del recurso por la Dirección General de los Registros y del Notariado, aun cuando pudiera sujetarse a los plazos señalados en el Reglamento del Registro Mercantil, llegaría siempre tarde para el deudor, que con el contenido del artículo 271-1.^o tenía un estrecho margen para cumplir el presupuesto objetivo de la suspensión de pagos. Hubiera sido preferible, por consiguiente, la introducción de un mecanismo reparador, en lo posible, del daño que se le irrogara al deudor instante del expediente de suspensión de pagos.

- 3.^a Comunicación del expediente al Juez que tendría competencia para la declaración del concurso. Una de las mayores virtudes de la reforma proyectada consistía, precisamente, en la introducción del principio de la especialización judicial derivado del criterio de atribución de la competencia territorial, creándose la figura del Juez de lo concursal, que era el único competente para conocer del concurso²². De este modo, podían tramitarse con mayor eficacia los juicios universales caracterizados por su gran complejidad técnica.
- 4.^a Publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de la constitución del deudor en estado de suspensión de pagos, así como la propuesta de convenio preventivo.

21 La posibilidad de interponer recurso gubernativo quedaba, y queda, circunscrita a los supuestos en que la nota de calificación suspendiera o denegara la inscripción. Vid., entre otras muchas, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de marzo de 1994 y 5 de diciembre de 1995.

22 Por tal razón el profesor ROJO elaboró una Propuesta de Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Código Penal. La propia Exposición de Motivos de la referida Propuesta (suplemento al B.O.M.J., número 1.768, 1996, pp. 1.007 y ss.) establece que: "Entre los postulados generales de la reforma de la legislación concursal figura el de la atribución de la competencia para declarar el concurso de acreedores al Juez de la capital de la provincia donde radique el centro efectivo de sus actividades. Con esta modificación de los criterios contenidos en la legislación procesal civil se intenta conseguir cierto grado de especialización de los Jueces y Magistrados que han de tramitar los procedimientos universales. En este sentido el artículo 1-2.^o de la Propuesta reza: "En cada provincia, con jurisdicción en toda ella, habrá uno o más Juzgados de Primera Instancia, con sede en la capital, que conocerán de los concursos de acreedores y de las suspensiones de pagos, bien únicamente bien en unión de las demás materias de orden civil". Sobre esta cuestión ya se había pronunciado CARRERAS LLANSANA, "El juez y la sindicatura del concurso", en "La reforma del derecho de quiebra", Madrid, 1982, p. 255, cuando se reconocía partidario de que los Jueces del concurso vinieran determinados por normas de competencia territorial, pues estimaba que la especialización sólo tendría sentido si los Jueces que se reclutaran para servir en los órganos especializados tuviesen una preparación especial y distinta de la de los demás Jueces, con lo cual se llegaría a un fraccionamiento excesivo del cuerpo orgánico. Este criterio reseñado se oponía al defendido por VACAS MEDINA, (Coloquio-panel en "La reforma del derecho de quiebra, Madrid, 1982, p. 279), quien, con acierto, apuntaba que no debía estimarse inconstitucional la designación de Jueces especiales o especializados para el conocimiento de esta clase de procesos, dado que la expresión "Juez ordinario" no debe oponerse a "Juez especial".

- 5.^a Impugnación del estado de suspensión de pagos por cualquier interesado en virtud de cualquiera de las causas determinadas en el artículo 279 de la PALC.
- 6.^a Impugnación de la relación de acreedores.
- 7.^a Solicitud de nombramiento de interventor²³.

B) La regulación del convenio por adhesiones

La PALC había renunciado a la elaboración de un convenio preventivo en una Junta general de acreedores convocada por el Juez en la que el deudor y los acreedores pudieran deliberar sobre la propuesta inicial, haciendo éstos últimos nuevas proposiciones que determinarían el contenido definitivo del convenio, que tendría que ser votado en el seno de la Junta. Tal posibilidad sólo quedó reservada para el convenio del concurso.

En la suspensión de pagos se optó por acoger el sistema o modalidad del convenio por adhesiones, estableciéndose una regulación parca y simple. La adopción de esta modalidad mantenía gran congruencia con los postulados defendidos por la Propuesta de reforma y, muy particularmente, con el nuevo presupuesto objetivo de la suspensión de pagos y con los límites impuestos a la propuesta inicial de convenio preventivo. Si el contenido del convenio sólo podía referirse a una moratoria máxima de tres años, hubiera habido que convenir que el margen de negociación en una hipotética Junta entre el deudor y sus acreedores sólo podía contraerse a ese extremo, sin posibilidades de condonaciones. Aún más, dado que no se admitía modificaciones de la propuesta inicial ni por el deudor ni por los acreedores (art. 284-3º.), se cerraba el paso a toda posible deliberación o discusión sobre la proposición de convenio. Hay que reconocer, pues, que dentro del esquema de la PALC el convenio por adhesiones era la única solución coherente.

Las adhesiones de los acreedores a la propuesta del deudor se desarrollaban, según las previsiones del texto, de acuerdo con un procedimiento bien sencillo, según se traslucía de los artículos 284 al 289 dedicados a esta materia.

Dentro de los dos meses siguientes a la publicación de la suspensión de pagos en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, los acreedores podían adherirse a la pro-

23 El laconismo del artículo 281 de la PALC en materia de nombramiento de interventor no quedaba resuelto por la remisión que el mismo hacía a favor del artículo 53 del meritado Texto. Parece ser que el interventor, cuyo nombramiento era puramente voluntario u opcional, tenía que realizar las mismas funciones que incumbían al interventor del concurso. Si existía algún tipo de desapoderamiento o limitación de la capacidad de obrar del suspenso, debía declararse mediante la pertinente resolución judicial en el seno del procedimiento de la suspensión de pagos. Entendemos que el artículo 293 tampoco era suficientemente claro y expresivo al respecto. Hubiera sido deseable acoger una fórmula en la línea del artículo 167 de la *Legge Fallimentare* en el que expresamente se aclara que durante todo el procedimiento de convenio preventivo el deudor conservará la administración de sus bienes y el ejercicio de su empresa bajo la vigilancia de la figura del comisario judicial, pero especificando qué clase o tipo de negocios jurídicos deben realizarse con la autorización escrita del Juez delegado, bajo sanción de ineficacia.

En otro orden de cosas es preciso observar que el criterio básico número 5 emitido por el Ministerio de Justicia e Interior exigía el nombramiento de tres interventores: un Letrado ejerciente, un auditor de cuentas y un acreedor ordinario, pero no el nombramiento de un solo interventor. Con esta orientación la PALC se ha apartado de la directriz marcada por el Ministerio. Vid. al respecto el suplemento al B.I.M.J., núm. 1.768, cit., p. 6.

puesta de convenio presentada por el deudor. Estas adhesiones podían realizarse por medio de escritura pública que se presentaba al Registrador mercantil o mediante comparecencia ante este último funcionario.

El acreedor debía limitarse a aceptar o rechazar la propuesta del deudor, sin que fuera posible la introducción de modificación alguna. Para que la propuesta de convenio se considerara aceptada era necesaria la adhesión de acreedores que fueran titulares, al menos, de los dos tercios del pasivo ordinario. Si la propuesta no obtenía esta mayoría, el Juez procedía a declarar al solicitante en concurso de acreedores. En caso contrario, el Juez debía dictar una resolución judicial aprobando el convenio, que produciría sus efectos desde el día en que la misma hubiere adquirido firmeza. Estos efectos alcanzaban al deudor y a los acreedores ordinarios y legalmente postergados²⁴, cuyos créditos fueran anteriores a la constitución del estado de suspensión de pagos, incluidos los que, por cualquier causa no hubieran sido reconocidos.

Históricamente, esta modalidad de convenio concursal por adhesiones estaba justificada por el gran número y dispersión de los acreedores, lo cual hacía conveniente la existencia de un procedimiento escrito de elaboración de convenio sin Junta²⁵. Otro tanto ocurre en la actualidad con la vigente Ley de Suspensión de Pagos, cuyo artículo 18-1.º autoriza al Juez a acordar la suspensión de la Junta, sustituyéndola por la tramitación escrita cuando el número de acreedores exceda de doscientos.

Sin embargo, la PALC, con independencia del número de acreedores concurrentes al procedimiento, instauró el convenio por adhesiones como única manera de que los acreedores manifestaran su voluntad respecto del contenido de la propuesta inicial emitida por el suspenso. La adopción de este criterio presumiblemente se debió, en gran parte, al papel primordial que se le otorgó al Registrador mercantil y, posiblemente, al afán de simplificar al máximo la elaboración del convenio preventivo, prescindiendo de la celebración de una Junta general de acreedores con las consiguientes deliberaciones y probables modificaciones del contenido de la propuesta del deudor, evitando así, entre otras cosas, la posibilidad de arbitrar distintos sistemas de mayorías en función del contenido definitivo del convenio, a la manera en que se prevé en el artículo 14 de la Ley de Suspensión de Pagos. Con ello se cumplía el principio que inspira la PALC de simplificar la normativa y los procedimientos²⁶.

24 Como se explicaba en la Exposición de Motivos, con la PALC se daba entrada a la categoría de los acreedores legalmente postergados, que venían a ser acreedores subordinados a la satisfacción de los acreedores ordinarios, en virtud de la existencia de una estrecha relación entre el deudor y el acreedor. A este extremo se referían los artículos 126 al 128 del texto prelegislativo.

25 Cuando se aprobó la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas, en realidad, el capital de las compañías de ferrocarriles estaba muy concentrado y, en su mayoría, los accionistas eran extranjeros. La relación entre el capital representado por las acciones y el representado por las obligaciones se había ido deteriorando progresivamente, a medida que las compañías habían ido necesitando nuevos recursos que, en vez de buscarlos mediante el aumento de capital, los habían encontrado en el ahorro que acudía a suscribir obligaciones. De este modo, los recursos ajenos habían llegado a ser el principal capítulo de los recursos totales. La gran dispersión de las obligaciones aconsejó la regulación de un procedimiento escrito de adhesión al convenio. Cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, "La modernización...", cit., pp. 154 y ss.

26 Cfr. la Exposición de Motivos de la Propuesta en el suplemento del B.I.M.J. núm. 1.768, cit., p. 14.

En suma, el convenio por adhesiones se desarrollaba en el seno de un procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que el Juez no tenía funciones homologatorias, sino de simple aprobación automática del mismo, siempre que no existiera oposición de cualquier acreedor no adherido. Seguimos, pues, estando en presencia de un negocio jurídico de base contractual que mantenía, en cuanto a su naturaleza y efectos, grandes similitudes con el convenio preventivo regulado en la Ley de Suspensión de Pagos; pero que, a diferencia de la regulación contenida en este cuerpo legal, la PALC había centrado el convenio preventivo en sus justos términos, impidiéndose que encubriera verdaderas situaciones de quiebra debido a la fijación meridiana y restringida del presupuesto objetivo que permitía la apertura del procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *“Proyecto de Ley Concursal de 1979”*, (Secciones de Derecho Fiscal, Mercantil y Procesal de la Comisión de Cultura del Colegio de Abogados de Barcelona.), R.J.C., núm. 1, 1981.
- AA.VV., *“Actas del II Congreso Nacional de Derecho Procesal”*, R.D.P., 1954 .
- AA.VV., *“Encuesta abierta en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre problemas de interés legal”*, Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
- AA.VV., Coloquio-panel en *“La reforma del derecho de quiebra, Madrid, 1982.*
- CARRERAS LLANSANA, *“El juez y la sindicatura del concurso”*, en *“La reforma del derecho de quiebra”*, Madrid, 1982.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, *“La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX: El significado histórico de la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles”*, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981.
- GONDRA, *“Reflexiones en torno a la “funcionalidad” del sistema concursal proyectado”*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1985.
- LÓPEZ CURBELO, *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, Barcelona, 2000.
- OLIVENCIA, *“El movimiento de reforma en el Derecho concursal español”*, R.D.M., 1962.
- *“Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado”*, en *“Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal”*, Madrid, 1985.
- ROJO, *“Notas para la reforma de la legislación concursal”*, R.D.M., 1975.
- TORRES DE CRUELLS, *“Nota-crítica a un Anteproyecto de Ley Concursal”*, R.J.C., 1959,
- *“Nota-crítica a un Anteproyecto de Ley Concursal”*, R.J.C., 1959.
- VACAS MEDINA, *“Notas críticas sobre el vigente Derecho de quiebras español”*, *Información jurídica*, 1956.
- *“La reforma de nuestro Derecho concursal”*, I y II, R.G.D. 1983.

VICENT CHULIÁ, “En vísperas de la reforma del Derecho concursal español”, R.J.C., 1978,

—“El contenido de nuestras instituciones concusales y las actuales perspectivas de reforma”, R.J.C., 1979.