

NORMATIVA SOBRE SOCIETATS MERCANTILS I CONCURS



Antoni Font Ribas
Berta Bombí de Llanza
(comps.)

Normativa mercantil 2

DRET UB



ÍNDIX

Llei de societats de capital	9
Llei sobre modificacions estructurals de les societats mercantils.	139
Llei concursal	179
Reglament del Registre Mercantil	313

LLEI CONCURSAL

Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal

EXPOSICIÓ DE MOTIUS

I

Aquesta Llei pretén satisfer una aspiració profunda i llargament sentida en el dret patrimonial espanyol: la reforma de la legislació concursal. Les crítiques severes i fonamentades que ha merescut el dret vigent no han estat seguides, fins ara, de solucions legislatives que, malgrat la urgència reconeguda i els intents meritoris que s'han fet per preparar-les, s'han anat demorant i han provocat, alhora, un agreujament dels defectes que té la legislació en vigor: arcaisme, inadequació a la realitat social i econòmica del nostre temps, dispersió, manca d'un sistema harmònic, predomini de determinats interessos particulars en detriment d'altres de generals i del principi d'igualtat de tractament dels creditors, amb la conseqüència de solucions injustes, sovint propiciades, a la pràctica, per maniobres de mala fe, abusos i simulacions, que les normes reguladores de les institucions concursals no abasten a reprimir de manera eficaç.

L'arcaisme i la dispersió de les normes vigents en aquesta matèria són defectes que deriven de la codificació espanyola del segle XIX, estructurada sobre la base de la dualitat de codis de dret privat civil i de comerç, i de la regulació separada de la matèria processal respecte a la substantiva, en una llei d'enjudiciament civil. Però també contribueix a augmentar aquests defectes i a dificultar la correcta composició del sistema la multiplicitat de procediments concursals; així, al costat de les clàssiques institucions de la fallida i del concurs de creditors, per al tractament de la insolvència de comerciants i de no comerciants, respectivament, se n'introdueixen altres, de preventives o preliminars, com ara la suspensió de pagaments i el procediment de quitament i espera, de supòsits objectius poc clars i, per tant, de límits molt difusos respecte d'aquelles. La Llei de suspensió de pagaments, de 26 de juliol de 1922, promulgada amb caràcter provisional, perquè es va dictar per resoldre un cas concret, es va arribar a convertir en una peça bàsica del nostre dret concursal gràcies a la flexibilitat de la seva regulació, que, per bé

que va pal·liar el tractament de les situacions de crisi patrimonial dels comerciants, va complicar encara més la falta de coherència d'un conjunt normatiu mancat dels principis generals i del desenvolupament sistemàtic que caracteritzen un sistema harmònic, i va permetre corrupteles molt notòries.

S'agreja encara més la situació del dret concursal espanyol amb fenòmens tan anacrònics com l'actual vigència d'un bon nombre d'articles del nostre primer Codi de comerç, promulgat per Ferran VII el 30 de maig de 1829, en virtut de la invocació que en fa la Llei d'enjudiciament civil de 3 de febrer de 1881, anterior al Codi de comerç de 22 d'agost de 1885, i vigent en aquesta matèria, de conformitat amb l'apartat 1 de la disposició derogatòria única de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, fins a l'entrada en vigor d'aquesta Llei concursal.

El legislador espanyol fins ara no ha posat remei a aquests mals. Malgrat la reforma immediata que en el Codi de comerç de 1885 va introduir la Llei de 10 de juny de 1897 i de la importància que va suposar la Llei de suspensió de pagaments de 1922 esmentada, les modificacions legislatives han estat molt parcials i limitades a matèries concretes, fet que, lluny de millorar el sistema concursal, ha contribuït a complicar-lo amb una dispersió més gran de normes especials i excepcionals i, sovint, amb la introducció de privilegis i d'alteracions de l'ordre de prelació dels creditors, no sempre fonamentada en criteris de justícia.

Tanmateix, no han faltat treballs prelegislatius meritoris en el camí de la reforma concursal. A més a més del que va fer la Comissió General de Codificació, en virtut de la Reial ordre de 10 de juny de 1926, que va concloure amb l'elaboració d'un avantprojecte de Codi de comerç, publicat, pel que fa a aquesta matèria, a la *Gaceta de Madrid* de 15 d'octubre de 1929, i orientat en la distinció més precisa dels casos de fallida i de suspensió de pagaments, s'han d'assenyalar fonamentalment els següents:

a) L'avantprojecte elaborat per la Secció de Justícia de l'Institut d'Estudis Polítics, conclús el 1959 i no publicat oficialment, en el qual per primera vegada s'assajava la regulació conjunta, substantiva i processal, de les institucions concursals, per a comerciants i no comerciants, per bé que es mantenia la dualitat de procediments en funció dels diversos suposats objectius que determinava la de les seves solucions respectives: la liquidació i el conveni.

b) L'avantprojecte elaborat per la Comissió General de Codificació en virtut del que disposen les ordres ministerials de 17 de maig de 1978, publicat el text articulat per la Secretaria General Tècnica del Ministeri de Justícia amb data de 27 de juny de 1983, que es basava en els principis d'unitat legal —material i formal—, de disciplina —per a deutors comerciants i no comerciants— i de sistema —un únic procediment, flexible, amb diverses solucions possibles: el conveni, la liquidació i la gestió controlada—. Aquell text revisat posteriorment va ser seguit, el 1987, d'un altre avantprojecte de llei de bases pel qual es delegava al Govern la potestat de dictar normes amb rang de llei sobre el concurs de creditors.

c) La proposta d'avantprojecte elaborada a la Comissió General de Codificació de conformitat amb els criteris bàsics comunicats pel ministre de Justícia i Interior el 23 de juny de 1994, conclusa el 12 de desembre de 1995 i publicada per la Secretaria General Tècnica amb data 15 de febrer de 1996, en la qual es mantenen els principis d'unitat legal i de disciplina, però es torna a la dualitat de concurs de creditors i suspensió de pagaments, sobre la base de la diferència entre insolvència i il·liquiditat, i es reserva aquest últim procediment, amb un alt grau de desjudicialització, com a benefici de deutors solvents i de bona fe.

d) L'avantprojecte de Llei concursal elaborat per la Secció Especial per a la Reforma concursal, creada durant l'anterior legislatura al si de la Comissió General de Codificació per l'Ordre del Ministeri de Justícia de 23 de desembre de 1996, i conclús el maig de 2000, que és el que constitueix antecedent del projecte origen d'aquesta Llei, amb el qual el Govern ha donat compliment a la disposició final dinovena de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, d'acord amb la qual, en el termini de sis mesos a comptar de la data d'entrada en vigor d'aquesta Llei, havia de remetre a les Corts Generals un projecte de llei concursal.

D'aquesta manera, s'aborda la tan esperada com necessària reforma global del dret concursal espanyol, sens dubte una de les tasques legislatives més importants pendents en la modernització del nostre ordenament jurídic.

La reforma no suposa una ruptura amb la llarga tradició concursal espanyola, però sí una profunda modificació del dret vigent, en la qual s'han tingut en compte les aportacions doctrinals i prelegislatives efectuades en l'àmbit nacional i les concrecions més recents produïdes en la legislació comparada, així com els instruments supranacionals elaborats per a la unificació i l'harmonització del dret en aquesta matèria.

El resultat d'aquesta tasca tan delicada és un text legal que es proposa corregir les deficiències de l'anterior dret amb solucions en les quals es pot apreciar el propòsit de coordinar l'originalitat del nou sistema concursal amb la seva inserció harmònica en el conjunt del nostre ordenament, preocupació a la qual respon la cura que s'ha posat en les disposicions addicionals, transitòries, derogatòria i finals que tanquen aquesta Llei.

II

La Llei opta pels principis d'unitat legal, de disciplina i de sistema.

La regulació en un sol text legal dels aspectes materials i processals del concurs, sense cap altra excepció que la de les normes que per la seva naturalesa han exigit el rang de llei orgànica, és una opció de política legislativa que determinava la nova Llei 1/2000, d'enjudiciament civil, en excloure aquesta matèria del seu àmbit i remetre-la expressament a la Llei concursal.

La superació de la diversitat d'institucions concursals per a comerciants i no comerciants és una fórmula que, a més d'estar justificada per la desaparició del caràcter repressiu de la insolvència mercantil, està determinada per la tendència a simplificar el procediment, sense que suposi ignorar determinades especialitats del concurs dels empresaris sotmesos a un estatut propi (gestió obligatòria de la comptabilitat, inscripció en el Registre Mercantil) i de l'existència a la massa activa d'unitats productives de béns o de serveis, especialitats que són tingudes en compte al llarg de la regulació del concurs, des de la seva sol·licitud fins a la seva solució mitjançant un conveni o liquidació.

La unitat del procediment de concurs s'aconsegueix en virtut de la flexibilitat de què la Llei el dota, que permet que s'adeqüi a diverses situacions i solucions, a través de les quals es pot assolir la satisfacció dels creditors, finalitat essencial del concurs. A més d'això, s'han previst regles especialment àgils per als concursos de menys entitat.

El nom escollit per denominar el procediment únic és el de «concurs», expressió clàssica que, des dels tractadistes espanyols del segle XVII, fonamentalment d'Amador Rodríguez (*Tractatus de concursu*, 1616) i de Francisco Salgado de Somoza (*Labyrinthus creditorum concurrentium*, 1646), va passar al vocabulari processal europeu i que, per antonomàsia, descriu la concurrència dels creditors sobre el patrimoni del deutor comú. Amb això no es persegueix només rescatar un mot tradicional en la terminologia

jurídica espanyola, sinó utilitzar-lo per significar el fenomen unificador dels diversos procediments d'insolvència i identificar gràficament el procediment únic, com ha passat en altres legislacions.

La unitat del procediment imposa la del seu supòsit objectiu, identificat amb la insolvència, que es concep com l'estat patrimonial del deutor que no pot complir regularment les seves obligacions. Però aquest concepte unitari també és flexible i opera de manera diferent segons es tracti de concurs necessari o voluntari. Els legítims per sol·licitar el concurs del deutor (els seus creditors i, si es tracta d'una persona jurídica, els qui responguin personalment dels seus deutes) s'han de basar en algun dels fets que com a presumptes reveladors de la insolvència enuncia la Llei: des de l'execució singular infructuosa fins al sobreseïment, general o sectorial, segons afecti el conjunt de les obligacions o alguna de les classes que la Llei considera especialment sensibles en el passiu del deutor, entre altres fets taxats.

Incumbeix al sol·licitant del concurs necessari la prova dels fets en què fonamenti la seva sol·licitud; en tot cas, la declaració s'ha de fer respectant les garanties processals del deutor, el qual ha de ser citat i es pot oposar a la sol·licitud, sobre la base de la inexistència del fet en què aquesta es fonamenti o en la del seu estat d'insolvència; en aquest cas li incumbeix la prova de la seva solvència. Les garanties del deutor es complementen amb la possibilitat de recórrer la declaració de concurs.

Si la sol·licitud de concurs l'insta el deutor mateix, ha de justificar el seu endeutament i el seu estat d'insolvència, per bé que en aquest cas no només pot ser actual, sinó futur, previst com a «imminent». El deutor té el deure de sol·licitar la declaració de concurs quan conegui o hauria d'haver conegut el seu estat d'insolvència; però té la facultat d'anticipar-s'hi.

El sistema legal combina així les garanties del deutor amb la conveniència d'avançar en el temps la declaració de concurs, a fi d'evitar que el deteriorament de l'estat patrimonial impedeixi o dificulti les solucions més adequades per satisfer els creditors. Els estímuls a la sol·licitud de concurs voluntari, les sancions al deutor per incompliment del deure de sol·licitar-lo i l'atorgament al crèdit del creditor instant de privilegi general fins a la quarta part del seu import són mesures amb les quals es pretén assolir aquest objectiu.

La unitat i la flexibilitat del procediment es reflecteixen en la seva pròpia estructura, articulada, en principi en una fase comuna que pot desembocar en una altra de conveni o de liquidació. La fase comuna s'obre amb la declaració de concurs i conclou una vegada presentat l'informe de l'administració concursal i transcorregut el termini d'impugnacions o resoltes les formulades contra l'inventari o contra la llista de creditors, amb la qual cosa s'assoleix el coneixement més exacte de l'estat patrimonial del deutor a través de la determinació de les masses activa i passiva del concurs. A tot això s'afegeix la possibilitat d'utilitzar, en determinats casos, un procediment abreujat.

III

La flexibilitat del procediment també es percep en el règim dels efectes que produeix la declaració de concurs. Respecte al deutor, s'atenuen els establerts per la legislació anterior i se suprimeixen els que tenen un caràcter repressiu de la insolvència. La «inhabilitació» es reserva per als supòsits de concurs qualificat com a culpable, en els quals s'imposa com a sanció de caràcter temporal a les persones afectades. Declarat el concurs, l'exercici de les facultats patrimonials del deutor se sotmet a intervenció o se suspèn, amb substitució en aquest cas per l'administració concursal. En principi, la

primera d'aquestes situacions correspon al concurs voluntari i la segona al necessari; però es reconeixen al jutge del concurs àmplies facultats per adoptar-les o modificar-les. S'atenueja també la sanció dels actes realitzats pel deutor amb infracció d'aquestes limitacions, que passa a ser d'anul·labilitat, a més de la prohibició del seu accés a registres públics.

La Llei limita els efectes de la declaració de concurs i els redueix, amb un sentit funcional, als que beneficiïn la tramitació normal del procediment i, en la mesura que aquesta ho exigeixi, confereix al jutge la potestat de graduar-los i adequar-los a les circumstàncies concretes de cada cas. Tot això, a més dels efectes que, pel fet d'afectar drets fonamentals de la persona del deutor, com són els de llibertat, secret de les comunicacions, residència i circulació pel territori nacional, es regulen en la Llei orgànica per a la reforma concursal.

S'estableix, amb un sentit positiu, el deure del deutor de col·laborar amb els òrgans del concurs, informar-los de tot el que sigui d'interès d'aquest, auxiliar-los en la conservació i l'administració de la massa activa i posar a disposició de l'administració concursal els llibres i documents relatius a l'exercici de la seva activitat professional o empresarial.

La declaració de concurs, per si sola, no interrompt l'exercici de l'activitat professional o empresarial del deutor, sense perjudici dels efectes que produeix sobre les facultats patrimonials d'aquest; però el jutge del concurs gaudeix d'àmplies potestats per acordar el tancament de les seves oficines, establiments o explotacions, i fins i tot, quan es tracti d'una activitat empresarial, el cessament o la suspensió, total o parcial, d'aquesta, amb l'audiència prèvia del deutor i dels representants dels treballadors.

La Llei dedica una atenció especial als casos de concurs d'una persona jurídica i als efectes que en aquest cas produeix la declaració, matèria d'una gran importància, tal com correspon a la que aquests ens i, fonamentalment, les societats tenen en el tràfic modern. Així com la llei orgànica permet estendre les mesures relatives a les comunicacions i a la residència del deutor, en cas de persona jurídica, als seus administradors i liquidadors, la Llei concursal imposa a aquests i als apoderats generals del deutor els deures de col·laboració i informació.

Durant la tramitació del concurs es mantenen els òrgans de la persona jurídica deutora. Els administradors concursals estan legitimats per exercir les accions de responsabilitat contra els administradors, auditors i liquidadors, sense necessitat d'acord previ de la junta o assemblea de socis. L'efecte més sever que la llei estableix és el de l'embargament de béns i drets dels administradors i liquidadors, que el jutge pot acordar quan hi hagi una possibilitat fonamentada que el concurs es qualifiqui com a culpable i que la massa activa resulti insuficient per satisfer tots els deutes.

També és original, respecte al dret anterior, la regulació dels efectes del concurs de la societat sobre els socis subsidiàriament responsables dels deutes d'aquesta, que es redueix a atribuir a l'administració concursal la legitimació exclusiva per exercir l'acció corresponent una vegada aprovat el conveni o oberta la liquidació. S'eviten així tant l'extensió automàtica del concurs a persones que, tot i ser responsables dels deutes socials, poden ser solvents, com les reclamacions individuals dels creditors contra els socis, pertorbadores del bon ordre del concurs.

La Llei també regula amb criteris de funcionalitat els efectes de la declaració de concurs sobre els creditors i ordena la paralització de les accions individuals promogudes per aquests contra el patrimoni del concursat. Aquesta paralització, conseqüència natural de la integració dels creditors a la massa passiva del concurs, no afecta les de-

claratives dels ordres civil o social ja en tramitació en el moment de declarar-se el concurs, que continuen fins a la fermesa de la sentència, ni les de naturalesa contenciosa administrativa o penal amb transcendència sobre el patrimoni del deutor, fins i tot si s'exerceixen posteriorment a la declaració, però sí totes les de caràcter executiu, inclosos els constreyniments administratius o tributaris, que queden en suspens si estan en tramitació, llevat dels acordats anteriorment a la declaració de concurs, i no es poden iniciar una vegada declarat el concurs.

Una de les novetats més importants de la Llei és el tractament especial que dedica a les accions d'execució de garanties reals sobre béns del concursat. Es respecta la naturalesa pròpia del dret real sobre cosa aliena, que imposa una regulació diferent de l'aplicable als drets de crèdit integrats a la massa passiva del concurs, però alhora es procura que l'execució separada de les garanties no pertorbi el millor desenvolupament del procediment concursal ni impedeixi solucions que puguin ser convenients per als interessos del deutor i de la massa passiva. La fórmula que combina aquests propòsits és la de paralització temporal de les execucions, mentre es negocia un conveni o s'obri la liquidació, amb el màxim d'un any a partir de la declaració de concurs. Llevat que en el moment de la declaració de concurs ja estigui anunciada la subhasta, les actuacions d'execució iniciades anteriorment se suspenen i no es reprenen, ni se'n poden iniciar d'altres, fins que transcorrin els terminis assenyalats. Aquest efecte d'espera obligatòria i limitada per als titulars de garanties reals es considera just en el tractament de tots els interessos implicats en el concurs, que han de fer un sacrifici a l'objecte de la solució definitiva i més beneficiosa de l'estat d'insolvència.

Naturalment, els crèdits amb garantia real gaudeixen en el concurs de privilegi especial i el conveni només els afecta si el seu titular signa la proposta, vota al seu favor o s'adhereix a aquesta o al conveni aprovat.

Si no estan afectats per un conveni, els crèdits amb privilegi especial es paguen amb càrrec als béns i drets sobre els quals recaigui la garantia. L'execució s'ha de tramitar davant el jutge del concurs. No obstant això, mentre subsisteix la paralització temporal d'aquestes accions, l'administració concursal pot optar per atendre amb càrrec a la massa el pagament d'aquests crèdits. Fins i tot en cas de realització, el jutge la pot autoritzar amb subsistència de la càrrega i subrogació de l'adquirent en l'obligació del deutor, que queda exclosa de la massa passiva, o mitjançant venda directa, amb aplicació del preu al pagament del crèdit especialment privilegiat. S'articulen, així, una sèrie de fórmules flexibles tendents a evitar que l'exercici dels drets reals de garantia pertorbi innecessàriament els altres interessos implicats en el concurs.

A aquests efectes, la Llei estén el tractament de les accions d'execució de garanties reals a les de recuperació de béns mobles venuts a termini i als ceditos en arrendaments financers, sempre que els corresponents contractes o documents estiguin inscrits als registres respectius, així com a les resolutòries de vendes d'immobles a falta de pagament de preu ajornat.

S'ha procurat així permetre plantejaments realistes, que sense menyscar la naturalesa d'aquests drets ni pertorbar el mercat del crèdit, molt sensible a la protecció de les garanties en cas d'insolvència del deutor, no impedeixin sinó que facin viables solucions beneficioses per als interessos del concurs.

Fórmules flexibles en interès del concurs i sense perjudici dels de la contrapart s'estableixen també per permetre la rehabilitació dels contractes de crèdit o d'adquisició de béns amb preu ajornat, així com l'enervació de desnonament en arrendaments urbans, afectats per incompliments del deutor concursat.

Objecte d'especial atenció ha estat també la regulació dels efectes de la declaració de concurs sobre els contractes, una de les matèries tractades de manera més deficient en l'anterior dret i, per tant, de més originalitat en la nova Llei. De conformitat amb aquesta, la declaració de concurs no afecta, en principi, la vigència dels contractes amb prestacions recíproques pendents de compliment per ambdues parts; no obstant això, en interès del concurs i amb garanties per al dret de la contrapart, es preveu tant la possibilitat d'una declaració judicial de resolució del contracte, com la d'enervar-la en cas que hi hagi causa per a una resolució per incompliment. No s'admeten les clàusules contractuals de resolució o extinció en cas de declaració de concurs, però sí l'aplicació de normes legals que en disposin l'extinció o facultin expressament les parts per pactar-la o per denunciar el contracte.

Una qüestió tractada amb especial cura és la relativa als contractes de treball existents en la data de declaració del concurs i en els que sigui ocupador el concursat. A l'empара de la reforma introduïda en la Llei orgànica del poder judicial per la Llei orgànica per a la reforma concursal, s'atribueix al jutge del concurs jurisdicció per conèixer de matèries que, en principi, són de la competència dels jutjats i tribunals de l'ordre social, però que per la seva especial transcendència en la situació patrimonial del concursat i a l'efecte de la unitat del procediment no s'han de resoldre separatament. Però s'ha de conciliar tot això amb la regulació material que actualment conté la legislació laboral.

Es remeten al que estableix per la seva regulació especial els efectes de la declaració de concurs sobre els contractes de caràcter administratiu subscrits pel deutor.

La Llei fa un nou tractament al difícil tema dels efectes de la declaració de concurs sobre els actes realitzats pel deutor en període sospitós per la seva proximitat a aquesta. El sistema tan pertorbador de retroacció del concurs se substitueix per unes accions específiques de reintegració destinades a rescindir els actes perjudicials per a la massa activa, perjudici que en uns casos la Llei presumeix i en els altres l'ha de provar l'administració concursal o, subsidiàriament, els creditors legítimats per exercir l'acció corresponent. Els tercers adquirents de béns o drets afectats per aquestes accions gaudeixen de la protecció que derivi, si s'escau, de la bona fe, de les normes sobre irreivindicabilitat o del registre.

IV

La Llei simplifica l'estructura orgànica del concurs. Només el jutge i l'administració concursal constitueixen òrgans necessaris en el procediment. La junta de creditors s'ha de constituir únicament en la fase de conveni quan no s'hagi aprovat pel sistema d'adhesions escrites una proposta anticipada. La intervenció com a part del Ministeri Fiscal es limita a la secció sisena, de qualificació del concurs, quan sigui procedent la seva obertura, sense perjudici de l'actuació que s'estableix en aquesta Llei quan intervingui en delictes contra el patrimoni o l'ordre socioeconòmic.

La reducció dels òrgans concursals té com a conseqüència lògica l'atribució a aquests òrgans d'àmplies i importants competències. La Llei configura el jutge com a òrgan rector del procediment, al qual dota de facultats que augmenten l'àmbit de les que li corresponien en el dret anterior i la discrecionalitat amb què pot exercir-les, sempre motivant les resolucions.

La competència per conèixer del concurs s'atribueix als nous jutjats mercantils, que es creen, arran d'aquesta Llei, en la Llei orgànica per a la reforma concursal, mitjançant la modificació pertinent de la Llei orgànica del poder judicial.

Els criteris de competència territorial parteixen de la dada economicoreal de la ubicació del centre dels interessos principals del deutor, ja adoptat en regles internacionals, que es prefereix al del domicili, de predominant caràcter juridicoformal. No obstant això, si el centre dels interessos principals i el domicili del deutor no coincideixen, es concedeix al creditor sol·licitant del concurs la facultat d'escollir-ne qualsevol a efectes de competència territorial. En cas de persona jurídica, es presumeix que ambdós llocs coincideixen, però es considera ineficax a aquests efectes el canvi de domicili efectuat en els sis mesos anteriors a la sol·licitud de concurs, per evitar que la competència es configuri amb criteris ficticis.

D'acord amb les regles generals de la nova Llei d'enjudiciament civil, no s'admet més qüestió de competència que la plantejada mitjançant declinatòria, però aquesta no suspèn el procediment concursal i totes les actuacions són vàlides encara que s'estimi.

La Llei orgànica del poder judicial, modificada per la Llei orgànica per a la reforma concursal, atribueix al jutge del concurs jurisdicció exclusiva i exclouent en les matèries que es consideren d'especial transcendència per al patrimoni del deutor, encara que siguin de naturalesa social, així com les d'execució i les cautelars, sigui quin sigui l'òrgan del qual dimanin. El caràcter universal del concurs justifica la concentració en un sol òrgan judicial del coneixement de totes aquestes matèries, la dispersió de les quals trenca la necessària unitat procedimental i de decisió.

A més, la Llei concursal concedeix al jutge del concurs una àmplia discrecionalitat en l'exercici de les seves competències, cosa que contribueix a facilitar la flexibilitat del procediment i la seva adequació a les circumstàncies de cada cas. Les facultats discrecionals del jutge es manifesten en qüestions tan importants com l'adopció de mesures cautelars abans de la seva declaració o a l'entrada en funcionament de l'administració concursal; l'ampliació de la publicitat que s'hagi de donar a la declaració de concurs i a altres resolucions d'interès de tercers; l'acumulació de concursos; el nomenament, la separació i el règim de funcionament dels administradors concursals; la graduació dels efectes de la declaració de concurs sobre la persona del deutor, els creditors i els contractes; l'aprovació del pla de liquidació o el règim de pagament de crèdits.

L'administració concursal es regula de conformitat amb un model totalment diferent del fins ara en vigor i s'opta per un òrgan col·legiat en la composició del qual es combina la professionalitat en les matèries de rellevància per a qualsevol concurs —la jurídica i l'econòmica— amb la presència representativa d'un creditor que sigui titular d'un crèdit ordinari o amb privilegi general, que no estigui garantit. Les úniques excepcions al règim de composició d'aquest òrgan les determina la naturalesa de la persona del concursat —quan es tracti d'entitat emissora de valors cotitzats en borsa, empresa de serveis d'inversió, entitat de crèdit o asseguradora—, o per l'escassa importància del concurs —cas en què el jutge pot nomenar un sol administrador, de caràcter professional.

A l'administració concursal s'encomanen funcions molt importants, que ha d'exercir de forma col·legiada, llevat de les que el jutge atribueixi individualment a algun dels seus membres. Quan la complexitat del procediment ho exigeixi, el jutge pot autoritzar la delegació de determinades funcions en auxiliars.

La Llei preveu la reglamentació mitjançant aranzel de la retribució dels administradors concursals i fixa com a criteris els de quantia de l'actiu i del passiu, i la previsible complexitat del concurs. En tot cas, competeix al jutge aprovar la retribució.

Es regula el règim de responsabilitat dels administradors davant el deutor i els creditors, i el de la seva separació per una causa justa.

Són funcions essencials d'aquest òrgan les d'intervenir els actes fets pel deutor en

exercici de les seves facultats patrimonials o substituir el deutor quan hagi estat suspès en aquest exercici, així com la de redactar l'informe de l'administració concursal al qual s'ha d'adjuntar l'inventari de la massa activa, la llista de creditors i, si s'escau, l'avaluació de les propostes de conveni presentades.

La Llei estableix regles precises per a l'elaboració d'aquests documents. L'inventari ha de contenir la relació i l'avaluació dels béns i els drets que integren la massa activa. Es regula el tractament dels béns conjugals de conformitat amb el règim econòmic del matrimoni del deutor persona casada, així com el dret de separació dels béns de propietat aliena en poder del deutor.

La llista de creditors ha d'incloure una relació dels reconeguts i una altra dels exclosos, així com una d'addicional, separada, dels que de conformitat amb la Llei tenen la consideració de crèdits contra la massa.

L'administració concursal s'ha de pronunciar sobre la inclusió de tots els crèdits posats de manifest en el procediment, tant dels que hagin estat comunicats dins el termini i en la forma que la Llei estableix, com dels que resultin dels llibres i documents del deutor o que per qualsevol altre mitjà constin en el concurs. En la relació dels reconeguts, els crèdits es classifiquen, de conformitat amb la Llei, en privilegiats —amb privilegi especial o general— ordinaris i subordinats.

V

La regulació d'aquesta matèria de classificació dels crèdits constitueix una de les innovacions més importants que introdueix la Llei, perquè redueix dràsticament els privilegis i les preferències a efectes del concurs, sense perjudici que puguin subsistir en execucions singulars, per virtut de les terceries de millor dret. Es considera que el principi d'igualtat de tractament dels creditors ha de constituir la regla general del concurs, i que les seves excepcions han de ser molt comptades i justificades sempre.

Les excepcions que la Llei admet són positives o negatives, en relació amb els crèdits ordinaris. Les primeres es concreten en els privilegis, especials o generals, per raó de les garanties de què gaudeixin els crèdits o de la causa o naturalesa d'aquests. Als creditors privilegiats, en principi, només els afecta el conveni amb la seva conformitat i, en cas de liquidació, se'ls ha de pagar amb prioritat respecte als ordinaris. Però aquests privilegis es redueixen en nombre i fins i tot es limiten en la seva quantia a alguns dels tradicionalment reconeguts, com els tributants i els de quotes de la Seguretat Social (fins al cinquanta per cent de l'import en cada cas). Per la seva part, els salaris dels últims trenta dies de treball anteriors a la declaració del concurs i en una quantia que no superi el doble del salari mínim interprofessional, i els meritats posteriorment a la declaració de concurs, així com els d'indemnització per extinció del contracte de treball, acordada pel jutge del concurs, tenen la consideració de crèdits contra la massa i s'han de satisfer amb preferència respecte als crèdits concursals; els salaris de l'article 32.1 de l'Estatut dels Treballadors s'han de satisfer anteriorment a la resta de crèdits concursals; i els salarials de l'article 32.3 del mateix text gaudeixen de privilegi general, igual com les indemnitzacions derivades d'accident de treball i els recàrrecs sobre les prestacions per incompliment de les obligacions en matèria de salut laboral meritades anteriorment a la declaració del concurs. Es pretén així evitar que el concurs es consumeixi amb el pagament d'alguns crèdits i, sense desconèixer l'interès general de la satisfacció d'aquests, conjuguar-ho amb el de la massa passiva en el seu conjunt, alhora que es fomenten solucions de conveni que tinguin el suport dels treballadors i l'Administració pública en la part en què els seus crèdits no gaudeixen de privilegi.

Les excepcions negatives són les dels crèdits subordinats, una nova categoria que introdueix la Llei per classificar els que mereixen quedar postergats després dels ordinaris, per raó de la seva comunicació tardana, per pacte contractual, pel seu caràcter accessori (interessos), per la seva naturalesa sancionadora (multes) o per la condició personal dels seus titulars (persones especialment relacionades amb el concursat o parts de mala fe en actes perjudicials per al concurs). A aquests efectes, convé precisar que la categoria de crèdits subordinats inclou els interessos meritats i les sancions imposades en ocasió de l'exacció dels crèdits públics, tant tributants com de la Seguretat Social. Els titulars d'aquests crèdits subordinats no tenen dret de vot a la junta de creditors i, en cas de liquidació, no poden ser pagats fins que hagin quedat íntegrament satisfets els ordinaris.

La subordinació per motiu de relacions personals especials amb el concursat no només es basa en les de parentiu o de convivència de fet, sinó que, en cas de persona jurídica, s'estén als socis amb responsabilitat pels deutes socials o amb una participació significativa en el capital social, així com als administradors de dret o de fet, als liquidadors i a les societats del mateix grup. En tot cas, la classificació afecta també els cessionaris o adjudicataris de crèdits pertanyents a persones especialment relacionades amb el concursat si l'adquisició es produeix dins els dos anys anteriors a la declaració de concurs.

VI

Les solucions del concurs que preveu la Llei són el conveni i la liquidació i per a la seva tramitació s'articulen fases específiques en el procediment.

El conveni és la solució normal del concurs, que la Llei fomenta amb una sèrie de mesures, orientades a assolir la satisfacció dels creditors a través de l'acord contingut en un negoci jurídic en el qual l'autonomia de la voluntat de les parts té una gran amplitud.

Entre les mesures per facilitar aquesta solució del concurs destaca l'admissió de la proposta anticipada de conveni que el deutor pot presentar amb la mateixa sol·licitud de concurs voluntari o, fins i tot quan es tracti de concurs necessari, fins a l'expiració del termini de comunicació de crèdits, sempre que estigui acompanyada d'adhesions de creditors en el percentatge que la Llei estableix. La regulació d'aquesta proposta anticipada permet, fins i tot, l'aprovació judicial del conveni durant la fase comuna del concurs, amb una notòria economia de temps i de despeses respecte als procediments concursals actuals.

Altrament, si no s'aprova una proposta anticipada i el concursat no opta per la liquidació del seu patrimoni, la fase de conveni s'obre una vegada conclús el tràmit d'impugnació de l'inventari i de la llista de creditors.

La Llei procura agilitar la tramitació de les propostes de conveni. La proposta anticipada que no hagi assolit adhesions suficients per aprovar-la pot ser mantinguda en junta de creditors. El concursat que no hagi presentat la proposta anticipada ni sol·licitat la liquidació, i els creditors que representin una part significativa del passiu poden presentar propostes fins i tot fins a quaranta dies abans del dia assenyalat per a la celebració de la junta. Fins al moment del tancament de la llista d'assistents a aquesta es poden admetre adhesions a les propostes, cosa que contribueix a agilitar els còmputos de vots i, en general, el desenvolupament de la junta.

La Llei també és flexible en la regulació del contingut de les propostes de conveni, que pot consistir en proposicions de quitament o d'espera, o acumular ambdues; però

les primeres no poden passar de la meitat de l'import de cada crèdit ordinari, ni les segones de cinc anys a partir de l'aprovació del conveni, sense perjudici dels supòsits de concurs d'empreses d'especial transcendència per a l'economia i de presentació de proposta anticipada de conveni quan així ho autoritzi el jutge. S'admeten proposicions alternatives, com les ofertes de conversió del crèdit en accions, participacions o quotes socials, o en crèdits participatius. El que no admet la Llei és que, mitjançant cessions de béns i drets en pagament o per a pagament de crèdits o altres formes de liquidació global del patrimoni del concursat, el conveni es converteixi en la cobertura d'una solució diferent d'aquella que li és pròpia. Per assegurar la Llei i la possibilitat de compliment, la proposta de conveni ha d'anar acompanyada d'un pla de pagaments.

La finalitat de conservació de l'activitat professional o empresarial del concursat es pot complir a través d'un conveni, a la proposta del qual s'ha d'adjuntar un pla de viabilitat. Encara que l'objecte del concurs no sigui el sanejament d'empreses, un conveni de continuació pot ser instrument per salvar les que es considerin totalment o parcialment viables, en benefici no només dels creditors, sinó del concursat mateix, dels treballadors i d'altres interessos. L'informe preceptiu de l'administració concursal és una garantia més d'aquesta solució.

En regular les majories necessàries per a l'acceptació de les propostes de conveni, la Llei fa prevaler les que comporten menys sacrifici per als creditors, i redueix la majoria a la relativa del passiu ordinari.

El conveni necessita l'aprovació judicial. La Llei regula l'oposició a l'aprovació, les persones legitimades i els motius d'oposició, així com els de rebuig d'ofici pel jutge del conveni acceptat.

L'aprovació del conveni no produeix la conclusió del concurs, que només s'assoleix amb el compliment d'aquest.

VII

La Llei concedeix al deutor la facultat d'optar per una solució liquidatòria del concurs, com a alternativa a la de conveni, però també li imposa el deure de sol·licitar la liquidació quan durant la vigència d'un conveni conegui la impossibilitat de complir els pagaments compromesos i les obligacions contraetes posteriorment a la seva aprovació. En els casos d'obertura d'ofici o a sol·licitud de creditor, la liquidació és sempre una solució subsidiària, que opera quan no s'assoleix o es frustra la de conveni. La unitat i la flexibilitat del procediment permeten en aquests casos passar de forma ràpida i simple a la fase de liquidació. Aquesta és una de les novetats principals i més avantatjoses que introdueix la Llei, davant l'anterior diversitat de procediments concursals i, concretament, davant la necessitat de sol·licitar la declaració de fallida en els casos en què no s'assoleixi o s'incompleixi un conveni en l'expedient de suspensió de pagaments.

Els efectes de la liquidació són, lògicament, més severs. El concursat queda sotmès a la situació de suspensió en l'exercici de les seves facultats patrimonials d'administració i disposició, i substituït per l'administració concursal; si és una persona natural, perd el dret a aliments amb càrrec a la massa; si és una persona jurídica, se'n declara la dissolució, si encara no s'ha acordat i, en tot cas, el cessament dels seus administradors o liquidadors.

La Llei reserva per a aquesta fase de liquidació els clàssics efectes concursals de venciment anticipat dels crèdits ajornats i conversió en diners dels que consisteixen en altres prestacions.

Tot i que la imperativitat de les normes que regulen aquesta fase, la Llei les dota també de la flexibilitat convenient, com es reflecteix en el pla de liquidació, que ha de preparar l'administració concursal i sobre el qual poden formular observacions o propostes el deutor i els creditors concursals abans de la seva aprovació per part del jutge. Només si aquesta no es produeix i, si s'escau, en el que no prevegi el pla aprovat, s'apliquen suplementàriament les regles legals sobre realització de béns i drets de la massa activa del concurs.

Fins i tot en aquest últim cas, la Llei procura la conservació de les empreses o unitats productives de béns o serveis integrades a la massa, mitjançant la seva alienació com un tot, llevat que resulti més convenient als interessos del concurs la seva divisió o la realització aïllada de tots o algun dels seus elements components, amb preferència a les solucions que garanteixin la continuïtat de l'empresa.

La Llei vol evitar la prolongació excessiva de les operacions liquidatòries, i amb aquesta finalitat imposa a l'administració concursal l'obligació d'informar trimestralment de l'estat d'aquestes operacions i li assenyala el termini d'un any per finalitzar-les, amb les sancions, si l'incompleix, de separació dels administradors i pèrdua del dret a retenció.

Les operacions de pagament als creditors es regulen dins la fase de liquidació. Els crèdits contra la massa operen amb el caràcter de predefinites, en el sentit que, abans de procedir al pagament dels concursals, s'han de deduir de la massa activa els béns i drets, no afectes a crèdits singularment privilegiats, que siguin necessaris per satisfer aquells als seus venciments respectius.

Com ja ha quedat exposat en tractar dels efectes de la declaració de concurs sobre els crèdits amb garantia real, la Llei regula el pagament dels crèdits amb privilegi especial de manera molt flexible, per evitar, en interès de la massa, la realització dels béns o drets afectes, autoritzar-la amb subsistència del gravamen o mitjançant venda directa.

La regulació legal estableix l'ordre dels pagaments amb privilegi general, dels ordinaris i dels subordinats, i preveu els casos especials de pagaments anticipats, de deutes solidaris i dels realitzats en fase de compliment de conveni anterior a la de liquidació.

VIII

Una de les matèries en les quals la reforma ha estat més profunda és la de qualificació del concurs. La Llei limita la formació de la secció de qualificació a casos molt concrets: l'aprovació d'un conveni que, per la quantia del quitament o la durada de l'espera, sigui especialment costós per als creditors, i l'obertura de la liquidació.

En aquests casos, el concurs es qualifica de fortuït o de culpable. L'última qualificació es reserva als casos en què en la generació o l'agregament de l'estat d'insolència hi hagi hagut dol o culpa greu del deutor, o dels seus representants legals, administradors o liquidadors.

La Llei formula el criteri general de qualificació del concurs com a culpable i la continuació enuncia una sèrie de casos que, en tot cas, determinen aquesta qualificació, per la seva naturalesa intrínseca, i una altra de casos que, llevat de prova en contra, són presumptius de dol o culpa greu, perquè constitueixen incompliment de determinades obligacions legals relatives al concurs.

Si el preceptiu informe de l'administració concursal i el dictamen del Ministeri Fiscal coincideixen en la qualificació del concurs com a fortuït, s'han d'arxivar les actuacions

sense cap altre tràmit. Altrament, la qualificació com a culpable es decideix després d'un contradictori, en el qual han de ser parts el Ministeri Fiscal, l'administració concursal, el deutor i totes les persones que puguin resultar afectades per la qualificació. L'oposició se substancia pels tràmits de l'incident concursal. La sentència que qualifiqui el concurs com a culpable ha de determinar les persones afectades i, si s'escau, les declarades còmplices; ha d'imposar-los a totes la inhabilitació per administrar béns aliens i per representar qualsevol persona, sanció que és temporal, durant un període de dos a quinze anys, i també la pèrdua de qualsevol dret que tinguin com a creditors concursals o de la massa i la condemna a tornar els béns i drets que hagi obtingut indegudament el deutor o hagi rebut de la massa activa, més la d'indemnitzar els danys i perjudicis causats.

És novetat la previsió d'un procediment per assegurar el registre públic de les sentències que declarin concursats culpables i de les resolucions que acordin la designació o la inhabilitació dels administradors concursals en els casos que la Llei preveu.

Els efectes de la qualificació es limiten a l'esfera civil, sense transcendir a la penal ni constituir condició de perjudicialitat per a la persecució de les conductes que puguin ser constitutives de delictes. La Llei manté la separació neta d'il·lícits civils i penals en aquesta matèria.

IX

La Llei regula detalladament les causes de conclusió del concurs, la naturalesa de les quals pot ser molt diversa: o bé perquè l'obertura no es va ajustar a dret (revocació de la interlocutòria de declaració de concurs), o bé perquè el procediment va assolir la seva finalitat (compliment del conveni, íntegra satisfacció de tots els creditors), o bé per la seva frustració (inexistència de béns i drets amb els quals satisfer els creditors), o bé per l'exercici del dret de disposició de les parts sobre el procediment (desistiment o renúncia de la totalitat dels creditors reconeguts, transacció del deutor amb ells, causes que, per les seves característiques, només poden operar una vegada acabada la fase comuna del procediment i que exigeixen l'acceptació o l'homologació del jutge, amb l'informe previ de l'administració concursal).

En els casos de conclusió per inexistència de béns i drets, del concursat o de tercers responsables, amb els quals satisfer els creditors, que conserven el seu dret a fer efectiva la responsabilitat del deutor sobre els que apareguin en el futur, la Llei també preveu la reobertura del concurs, tant si es tracta de deutor persona natural com de persona jurídica. En aquest últim cas, com que la conclusió per inexistència d'actius patrimonials comporta l'extinció de la persona jurídica, la reobertura per aparició posterior de béns i drets es concreta a liquidar-los; però si es tracta de persona natural, la continuació de la seva activitat patrimonial s'ha pogut reflectir tant en l'aparició d'actius com de nous passius, fet que s'ha de tenir en compte en l'actualització de l'inventari i de la llista de creditors.

X

La flexibilitat que inspira tot el procediment concursal es combina amb les característiques de rapidesa i simplicitat. La Llei d'enjudiciament civil actua com a supletòria de la Llei concursal, mentre aquesta no prevegi normes processals especials. La finalitat que es persegueix és la de reconduir la complexitat del concurs a un procediment que permeti la seva tramitació més immediata, eficaç i econòmica, sense minva de les garanties que exigeix la tutela judicial efectiva de tots els interessats.