

La Reforma Concursal en España, especial referencia a los Juzgados de lo Mercantil

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS E HISTÓRICOS.—III. SITUACIÓN VIGENTE.—IV. OBJETIVOS Y CRÍTICAS DE LA NUEVA LEY.—V. CARACTERÍSTICAS DE LA LEY CONCURSAL.—VI. ESPECIAL REFERENCIA A LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma concursal en España se ha articulado en dos leyes: la Ley Orgánica para la reforma concursal 8/2003, de 9 de julio, y la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

La primera se centra en la definición de las circunstancias en que pueden producirse las limitaciones de los derechos del deudor en el marco de un proceso concursal, creando los Juzgados de lo Mercantil que se convertirán en los órganos con competencia exclusiva y excluyente para conocer de los procedimientos concursales y a los que se atribuye la facultad para conocer de los procedimientos concursales.

Por su parte, la Ley Concursal, uno de cuyos pilares es garantizar la continuidad de la empresa, articula el nuevo sistema formativo que regirá las situaciones de concurso. Se diseña un procedimiento concursal flexible y rápido en el que el juez se verá apoyado por una Administración Concursal constituida por profesionales cualificados. Se favorecen las soluciones a las crisis por la vía del consenso, encaminadas al mantenimiento de los puestos de trabajo y al reflotamiento de la empresa viable, así como las opciones a favor de la sucesión de la empresa.

El pasado 11 de junio de 2003 el Senado aprobó la reforma concursal, (Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal), que no entrará en vigor hasta el próximo 1 de septiembre de 2004, salvo en lo

* Letrada de la Comunidad de Madrid.

que se refiere a la modificación de los artículos 463, 472 y 482 (interposición de recursos y segunda instancia) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

La nueva Ley Concursal conllevará la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 10/1995, del Código Penal, entre otras. La Ley crea Juzgados especializados de lo Mercantil y determina los órganos jurisdiccionales que van a conocer en España de la Marca Comunitaria, mediante la modificación del artículo 82.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la creación de un nuevo artículo 86 ter.

De hecho, la reforma concursal permite dar cumplimiento efectivo a las previsiones del Reglamento CE número 40/1994, del Consejo de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, cuyo artículo 91 obliga a cada Estado Miembro a designar en su territorio un número tan limitado como fuese posible de Tribunales nacionales de primera y de segunda instancia, denominados «Tribunales de Marcas Comunitarias» encargados de desempeñar las funciones que en el citado Reglamento se establecen.

Con la reforma también se da cumplimiento a las previsiones del Reglamento CEE número 12/2003, del Consejo de la Unión Europea, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, para lo que se atribuye a los nuevos Juzgados de lo Mercantil la competencia para conocer de los litigios en que se aplique dichos preceptos.

Asimismo entre la normativa que se verá afectada por la reforma podemos destacar el Código Civil, Código de Comercio, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley Hipotecaria, Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, Ley de Hipoteca Naval, Ley General Presupuestaria, Ley General Tributaria, Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Estatuto de los Trabajadores, Ley de Procedimiento Laboral, Ley General de la Seguridad Social, Ley Cambiaria y del Cheque, Ley del Mercado de Valores, Ley del Mercado Hipotecario, Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, Ley de Sociedades Anónimas, Ley del Mercado Hipotecario, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Ley de Cooperativas, Ley de Sociedades de Garantía, Ley de Entidades de Capital de Riesgo, Ley de Agrupaciones de Interés Económico, Estatuto del Consorcio de Compensación de Seguros, Ley del Contrato del Seguro, Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, Ley de Navegación Aérea, Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Como se advierte, la reforma concursal exige una modificación profunda de la legislación vigente, fundamentalmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales del deudor, pretendiéndose con ello atemperar el rigor de esos efectos, con derechos como el de la libertad, secreto de las comu-

nicaciones, inviolabilidad del domicilio y libre residencia y circulación por el territorio nacional.

La propia Ley de Reforma Concursal en su Exposición de Motivos proclama que «la reforma concursal exige una modificación muy profunda de la legislación vigente, tanto en su aspecto sustantivo como en el procesal, alguna de cuyas medidas han de tener el rango de Ley Orgánica. Esta Ley Orgánica recoge aquellas Disposiciones de la reforma concursal que, por su naturaleza o por afectar a normas vigentes de ese carácter, requieren dicho rango».

Pocas veces una reforma había sido tan esperada, ya que si es cierto que la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto un vuelco absoluto en la forma de impartir la Justicia Civil, no menos supone para los profesionales del mundo mercantil que al fin haya visto la luz esta importante reforma legal.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS E HISTÓRICOS

El primer antecedente legislativo a destacar es el Código Mercantil de Sainz de Andino, de 1829, que recoge en el Libro IV una serie de principios y preceptos fundamentales en los artículos 1.001 al 1.177.

El Código de 1829 reguló en los artículos citados los aspectos materiales de la quiebra mientras que la vieja Ley de Enjuiciamiento de los Negocios de Comercio de 1830 se ocupaba de los aspectos formales.

Posteriormente, la Ley de Unificación de Fueros de 1868 rompió la coordinación existente haciéndose patente la necesidad de una reforma.

En el año 1878 se modifican algunos artículos del Código de Comercio, pero fue la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 la que llevó a cabo una auténtica reforma en la materia dedicando el Título XII de su Libro II al estudio de ésta.

Hay que destacar que estos preceptos continuaban vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal, que se producirá el próximo 1 de septiembre.

El Código de Comercio de 22 de agosto de 1885 sustituyó (que no derogó) al anterior de 1829, dedicando su Libro IV al estudio de la quiebra bajo la rúbrica «De las suspensiones de pagos, de las quiebras y de las prescripciones».

Sus disposiciones, conjuntamente con la normativa del Código anterior, que no se oponga a los nuevos preceptos junto con las normas del Libro IV del Código Civil sobre prelación de créditos y los Títulos XIII y XIV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 —hoy sustituida por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero— constituía el núcleo normativo principal que abarcaba tanto los aspectos formales como materiales de la Institución de la quiebra.

A las Leyes mencionadas debe añadirse finalmente la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, ley que regulaba los aspectos básicos del estadio previo a la quiebra conocido como suspensión de pagos.

Se advierte, por lo tanto, en el panorama español una enorme dispersión normativa existente en la materia concursal.

Por otra parte, los antecedentes históricos más antiguos se remontan al siglo XVII, se trata de la obra de Francisco Salgado de Somoza *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem perdebitorem comunes inter illos causatam*, obra que ejerció una enorme influencia en Europa y que se consagró como obra sistemática sobre el concurso y la quiebra.

Recientemente, hay que recordar que a partir de la década de los años cincuenta se iniciaron otros intentos de reforma; cabe consignar el anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1959, en el que intervinieron juristas como Díez-Picazo y Cabanillas Gallas. Este anteproyecto resultó fallido a pesar de haber sido entregado al Ministro de Justicia de la época, Iturmendi.

El siguiente intento de reforma provino del Ministro de Justicia Ruiz Jarabo, pero tampoco fructificó, como tampoco lo consiguió la Comisión General de Codificación en 1976, presidida por el profesor Joaquín Garrigues, que elaboró un proyecto de Ley que apenas fue divulgado y que pronto cayó en el olvido.

En 1983 se entregó un nuevo anteproyecto al entonces Ministro de Justicia Ledesma, que terminó como los anteriores.

Finalmente, en el año 1992 el Ministro De la Quadra Salcedo intentó recuperar el anterior anteproyecto, pero fracasó igualmente, ya que fue destituido de su cartera ministerial.

A todo ello cabe añadir los trabajos que se están realizando en la Unión Europea, donde debemos destacar el Reglamento número 1346/2000, de 29 de mayo, del Consejo, y el Reglamento número 1348/2000, de 29 de mayo. Ambos tratan de conseguir una mayor coordinación y cooperación de los Estados Miembros en los casos de insolvencia de Empresas.

III. SITUACIÓN VIGENTE

El artículo 1.911 del Código Civil establece el principio de responsabilidad patrimonial universal obligando al deudor a responder de su deuda con todos sus bienes presentes y futuros.

Sin embargo, este principio puede ser insuficiente cuando el deudor se encuentra en situación de insolvencia por ser su patrimonio insuficiente para hacer frente al pago de todas sus deudas. Se hace entonces necesario garantizar la igualdad de trato de los acreedores, es decir, la *pars conditio creditorum*.

Para resolver estas situaciones, actualmente el Derecho español contempla un doble procedimiento, sobre la base de considerar con más rigor la insolvencia mercantil que la civil. Así, regula la quiebra como institución propia y exclusiva de los deudores comerciantes, instituyéndose el concurso de acreedores para la insolvencia civil. Esta misma dualidad se pone de manifiesto en las respectivas situaciones intermedias, es decir, en aquellas situa-

ciones previas que reflejan un estado de insolvencia no definitiva, sino provisional (por ser todavía el activo del deudor superior al pasivo). Estas situaciones intermedias son, para la quiebra, la «suspensión de pagos», y «la quita y espera» para el concurso.

La suspensión de pagos es definida por Sánchez Calero como un procedimiento judicial cuya finalidad es la de que un empresario que se encuentra en imposibilidad de pagar sus deudas en las fechas de sus respectivos vencimientos llegue a un acuerdo con los acreedores sobre estos pagos. La suspensión de pagos se ha configurado como un procedimiento preliminar al de la quiebra, y precisamente con el fin de evitarla.

La quiebra es un procedimiento de ejecución general que tiene por objeto distribuir entre una pluralidad de acreedores la totalidad del patrimonio de un deudor comerciante privando al quebrado de la disposición y administración de sus bienes, restringiendo su capacidad e inhabilitándole para el ejercicio del comercio en tanto no sea rehabilitado.

La quita y espera es una institución que permite a los deudores civiles solventes, por ser su activo superior al pasivo, solicitar judicialmente la celebración de un convenio con sus acreedores para hacer frente al pago de sus deudas.

Finalmente, el concurso es aquella institución diseñada para los deudores civiles insolventes, por ser su pasivo superior al activo, inhabilitando al deudor para administrar sus bienes, dando lugar al embargo y depósito de sus bienes y a la prelación de sus créditos para hacer frente a su pago.

La nueva Ley Concursal termina con la dualidad de procedimientos destacando en su Exposición de Motivos que «el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos, así como determinados asuntos que, en principio, son de la competencia de los Juzgados y Tribunales del orden social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado».

La nueva Ley introduce la unidad de procedimiento, tal y como puede advertirse en el artículo primero de la Ley Orgánica:

«Desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario, a instancias del legitimado para instarlo, o desde la declaración del concurso, de oficio o a instancias de cualquier interesado, y tanto en los casos de suspensión como en los de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, el Juez podrá acordar las siguientes medidas (...).»

Del artículo 1 de la nueva Ley Concursal no sólo resulta la unidad de procedimiento, sino también el mantenimiento de la distinción actual entre concurso voluntario y necesario.

IV. OBJETIVOS Y CRÍTICAS DE LA NUEVA LEY

El objetivo primordial de la nueva Ley es conseguir que entren en situación concursal las empresas que presenten situaciones de alerta, es decir, señales inequívocas de dificultad que puedan comprometer el futuro de la propia entidad. Con ello se lograría una mayor igualdad entre los accionistas y que se devolviera al patrimonio del deudor lo que salió de él indebidamente, por ejemplo, en el caso de ventas fraudulentas a última hora. Para conseguir este objetivo la nueva Ley acuña el concepto de «insolvencia inminente» que puede entenderse como la capacidad del empresario de actuar cuando todavía hay margen para reflotar la empresa o asegurar su continuidad. Se trata, en cualquier caso, de una facultad del deudor y no de una obligación.

Otros objetivos de la nueva Ley son:

- Garantizar la continuidad de la empresa, articulando un nuevo sistema normativo que deberá regir las situaciones de concurso bajo el principio legal de que el cierre de la empresa no sea la única alternativa a una crisis empresarial. Este objetivo debe conectarse con el primordial de la Ley inmediatamente señalado y con el concepto de insolvencia inminente.
- Diseñar un procedimiento concursal flexible y rápido en el que el juez se vea apoyado por una administración concursal constituida por profesionales cualificados.
- Favorecer las soluciones a las crisis en vías de consenso, encaminadas al mantenimiento de los puestos de trabajo.
- Dar unidad al procedimiento y residenciar la competencia sobre dichos procedimientos en los Juzgados de lo Mercantil, de nueva creación dotando de calidad al ordenamiento jurídico al conseguir la especialización de Jueces y Magistrados.
- Al tratarse de una Ley cuyo fin es intentar salvar las empresas en crisis, debe destacarse como objetivo consolidar el tejido empresarial en España atrayendo al mismo tiempo las inversiones extranjeras en España. Por todo ello puede decirse que la Ley Concursal contribuirá al crecimiento económico, a la convergencia europea y al crecimiento del empleo.

A pesar de sus buenas intenciones y de los firmes objetivos que se acaban de exponer, la Ley no ha estado exenta de críticas, algunas de las cuales, incluso han planteado su reforma antes de su entrada en vigor. Entre estas críticas podemos distinguir desde las de un corte meramente económico hasta las de tipo organizativo. Podemos destacar por su importancia las siguientes:

Algunas de las críticas provienen de expertos en Derecho Mercantil. Así, De la Gándara, Catedrático de esta rama del Derecho, ha señalado en su curso «El nuevo Derecho para las crisis empresariales» que la empresa no está preparada para adelantarse a las situaciones de quiebra. Tal y como pre-

tende la nueva Ley Concursal, a juicio del profesor, la prevención de la insolvencia en la legislación española es «cicatera», en el sentido de que los mecanismos de información en el ámbito económico son insuficientes y no hay demasiados incentivos que faciliten el acogimiento a esta nueva medida. Para el mencionado jurista, el Derecho español necesita dotarse de mecanismos ágiles de alerta como el que propone la Ley, y no enfangarse en concursos amplios y complicados, con los que lo único que se logra es que la situación patrimonial del deudor se agrave, y se impida, por tanto, al derecho concursal salvar la posición de los acreedores. En opinión del autor, hoy vuelve a ponerse más énfasis en satisfacer los intereses de los accionistas que el interés general de la empresa, es decir, en conseguir que la unidad de producción no desaparezca, mientras que antes era al revés. En cualquier caso, el concurso de acreedores debe ser un instrumento «para curar enfermos, y no para enterrar cadáveres», dijo, en el sentido de que nada sirve actuar cuando todo está perdido.

Por otro lado, Doña Juana Pulgar, Catedrática de Derecho Mercantil, ha señalado que debería replantearse el carácter facultativo del concurso, así como los criterios determinantes del procedimiento abreviado y delimitarse conceptualmente la «insolvencia inminente», extendiéndose la comprobación *a priori* del presupuesto de apertura también a los supuestos de concurso voluntario. En cuanto a la clasificación de créditos, además de proponerse la reconsideración de la calificación de los créditos públicos (Hacienda, Seguridad Social) como privilegiados, debería replantearse el automatismo con el que se configura la categoría de los créditos subordinados. La citada jurista considera que, respecto de los créditos laborales, debería reconsiderarse el artículo 154, que otorga la consideración de deudas en masa a los créditos por salarios en los últimos treinta días de trabajo, en cuantía que superase el doble del salario mínimo interprofesional, reuniendo estos créditos dentro de los privilegiados. En relación con la calificación del concurso como culpable, entiende que habría que reconsiderar la inhabilitación de las personas afectadas por dicha calificación, suprimiendo el tratamiento de la complicidad, y abarcándolo en el marco de acciones de reintegración en los supuestos de perjuicio, fraude y simulación. Finalmente, respecto del concurso del grupo, señaló que podría replantearse el concepto estricto de sociedades jerárquico o por subordinación, que no admite posibilidad de persona física o jurídica societaria como sociedad dominante.

Por otra parte, desde el propio Ministerio de Justicia se ha apuntado la posibilidad de que cuando entren en funcionamiento los Juzgados de lo Mercantil las grandes empresas paguen tasas judiciales como medio para potenciar la financiación de la justicia. Si bien ha de destacarse que estas tasas judiciales se aplicarían sólo a las empresas y no a los ciudadanos.

Por su parte, Jueces para la Democracia ha denunciado que el Consejo General del Poder Judicial pretende que los futuros Juzgados Mercantiles queden servidos únicamente por Jueces con experiencia civil al establecer mecanismos que dificultan el acceso de los Jueces de lo Social a estos nuevos

órganos judiciales y que esta Ley pretende reconvertir Juzgados de Primera Instancia para cumplir las funciones de los Juzgados de lo Mercantil, con lo que nacerán con un lastre anterior que los colapsará desde su puesta en funcionamiento. A juicio de esta Asociación, pese a que la nueva Ley Concursal establece que los Jueces mercantiles deben resolver importantes conflictos laborales, lo cierto es que el anteproyecto del Consejo considera que la experiencia de los Jueces de lo Social no les habilita para optar a las nuevas plazas. El Consejo ha diseñado un modelo de Juez Mercantil que no garantiza una formación integral. Los Juzgados Mercantiles pueden ponerse en funcionamiento sin que estén cubiertos por Jueces especialistas, ya que la reforma permite a quienes superen estas pruebas el disponer de hasta tres años para incorporarse a estas plazas. Además, tampoco se garantiza la especialidad de las Salas de Audiencias y Tribunales Superiores, lo que es un sinsentido, pues no basta formar especialistas para la primera instancia, sino que es preciso también asegurar su presencia en los escalones superiores. El Secretariado de Jueces para la Democracia ha denunciado que la Ley Concursal se va a aplicar sin haber abordado una reforma real de la planta judicial, con graves imprecisiones en las competencias y con serias dudas sobre los mecanismos de selección de los futuros Jueces Mercantiles. Por último, se considera insuficiente la dotación de 62 Juzgados de lo Mercantil para toda España, pues creando uno por provincia los grandes centros económicos tendrán apenas dos o tres Juzgados de esta clase, planta absolutamente insuficiente para atender a las necesidades para las que han sido diseñados.

Otro de los aspectos que mayores críticas ha despertado esta reforma concursal ha sido en lo relativo a la clasificación y graduación de créditos, especialmente en lo relativo a la posición de los créditos laborales.

De esta manera la Ley crea desajustes en las preferencias de créditos dependiendo de si están o no en concurso. Para resolverlos, la Disposición Final Trigésima encomienda al Gobierno que en el plazo de seis meses presente a las Cortes Generales un proyecto sobre la reforma del Código Civil y de Comercio en materia de concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares.

La reforma concursal modifica la clasificación y graduación de créditos laborales respecto de los demás créditos que pueda tener la empresa en situación concursal.

Las ejecuciones dinerarias se atribuyen al Juez de lo Mercantil, quedando paralizadas mientras dure el proceso concursal, al desaparecer el derecho de ejecución separada de las sentencias condenatorias al pago de cantidades, que en la práctica supone que queden sin ejecutar hasta que termine el procedimiento concursal, o se llegue a un acuerdo.

Con la desaparición del derecho de ejecución separada, los créditos laborales que tenga la empresa que sea declarada en concurso no podrán materializarse sobre el patrimonio de la entidad hasta el incierto momento en que se apruebe un convenio con la mayoría de los acreedores, o se abra la fase de la liquidación. Pero no sólo es un problema de retraso de meses

o años en el pago de los salarios o indemnizaciones, sino además una postergación de la posición de créditos laborales para ser resarcido con el patrimonio empresarial, al anteponerse otros créditos, como los de garantía real, y los originados después de iniciado el concurso, que hacen cuestionar la posibilidad misma de que la deuda laboral pueda ser algún día satisfecha.

Ello supone un cambio importante de las garantías que tradicionalmente se venían reconociendo a los trabajadores, que tenían el fin de asegurar el pago de los salarios e indemnizaciones por despido que la empresa pudiera adeudar a su plantilla.

El fundamento de la ejecución separada reconocida a los trabajadores no era otro que aliviar la economía doméstica de éstos ante las crisis de empresas, debiéndose tener en cuenta la posición radicalmente diferente de los trabajadores respecto de los demás acreedores de la empresa, ya que la deuda de la empresa arrastra irremediablemente a la propia economía personal y familiar del trabajador.

La nueva Ley Concursal establece una nueva graduación de los créditos laborales cuando concurren con los derechos de cobro que puedan tener otros acreedores de la empresa en situación de concurso.

Es necesario distinguir dos situaciones diferentes:

- En situación de normalidad empresarial, se aplica el régimen de preferencias del Estatuto de los Trabajadores, en el cual los créditos laborales gozan de una intensa preferencia.
- Sin embargo, si la empresa se encuentra declarada en concurso, las reglas a aplicar son otras y las preferencias de cobro de las deudas laborales son mucho menos intensas.

La única excepción es el caso del crédito por los salarios correspondientes a los últimos treinta días de trabajo que se anteponen a cualquier otro crédito concursal teniendo la consideración de crédito superprivilegiado; si bien la nueva Ley fija dos medidas respecto de los créditos por los salarios de los últimos treinta días de trabajo:

1. Para el abono de esta deuda no se tiene que esperar al resultado del concurso, sino que se hacen efectivos a la fecha de su vencimiento.
2. Estos treinta días de salario son preferentes sobre cualquier otro crédito del concurso.

En cuanto a los créditos con privilegio especial (por ejemplo, los garantizados con hipoteca mobiliaria o inmobiliaria, prenda, arrendamientos financieros, ...), en caso de concurrencia de créditos con privilegio especial sobre un mismo bien, ésta se resolverá según la prioridad temporal.

Finalmente, entre los créditos con privilegio general se incluyen los salarios de indemnizaciones por despido, los créditos por trabajo personal no dependiente, los créditos tributarios y de la Seguridad Social y los créditos por responsabilidad civil. Estos créditos tienen peor condición que todas las deudas de la empresa generadas o vencidas con posterioridad al concurso,

lo que reduce enormemente las posibilidades de que se hagan efectivos en algún momento.

V. CARACTERÍSTICAS DE LA LEY CONCURSAL

La nueva Ley Concursal, siguiendo las nuevas tendencias y a similitud de la normativa de países de nuestro entorno, adopta una postura autónoma de aplicación, frente a la dispersión normativa que hasta su entrada en vigor ha caracterizado esta materia.

De esta manera, la Ley se basa en los principios de unidad legal, unidad de disciplina y de unidad de sistema.

Efectivamente, por lo que se refiere al principio de unidad legal, éste significa que se recoge en el mismo Texto, tanto la parte sustantiva como la procesal, tal y como cabía esperar tras la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que no sólo no contiene precepto alguno que haga referencia al Derecho Concursal, sino que explícitamente en su Disposición Derogatoria Única declara vigente los preceptos de la Ley antigua, reguladora de la materia «hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal».

La Unidad de Disciplina se recoge en el artículo primero de la Ley, que establece que «la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica», es decir, la nueva Ley termina con la arcaica distinción entre deudor civil y comerciante, acercándonos así a la legislación de los países de nuestro entorno y exceptuando tan sólo de su aplicación a las «Entidades que integran la organización del Estado, Organismos Autónomos y demás de Derecho Público».

Además, la nueva Ley termina con el carácter sancionador o represor de la actividad mercantil, que era sancionada con mayor rigor que la civil. Este hecho se trasladaba al ámbito social hasta el punto que en épocas pasadas al quebrado se le imponía un crespón negro por fuera de su domicilio, es decir, prácticamente se decretaba la muerte civil del empresario.

De esta forma, la nueva Ley ha superado el carácter punible de la quiebra de tal manera que la nueva regulación en su Título VI sólo contempla las responsabilidades civiles, que amplía a determinados sujetos, como los socios de responsabilidad ilimitada, administradores, liquidadores, etc..., sin perjuicio de las responsabilidades derivadas de determinados delitos (alzamiento de bienes, falsedad documental, etc...).

La Ley establece el principio de unidad de sistema para toda clase de concursos reduciendo los plazos cuando se trate de pequeños patrimonios.

La Ley se caracteriza por el empeño que denota en que las situaciones de insolvencia sean puestas de manifiesto, evitando demoras injustificadas en la declaración concursal que puedan convertir esta situación en irreversible, en detrimento de la economía de la empresa y la consiguiente pérdida de puestos de trabajo.

A tal fin, tras la distinción tradicional entre concurso voluntario y necesario antes reflejada, se dispone la obligación por parte del deudor de pre-

sentar su solicitud ante el Juzgado competente, en cuanto advierta la imposibilidad de atender al cumplimiento de sus obligaciones y en el supuesto de falta de iniciativa del deudor, se otorga al acreedor instante del concurso —en estos casos necesario— diversos privilegios, tales como integrarse en la Comisión Judicial, con las facultades y deberes de ésta dentro del procedimiento, además de que un 25 por 100 de su crédito adquiera la condición de crédito preferente.

El presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia, concebida como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Los legitimados para solicitarlo son el deudor, sus acreedores, y si se trata de una persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas, que han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de insolvencia enuncia la Ley: desde la ejecución infructuosa hasta el sobreseimiento sectorial según afecte al conjunto de obligaciones o alguna de las clases que la Ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados.

Por otra parte, la inhabilitación del deudor se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable.

Otro elemento determinante es la ordenación del procedimiento denominado «incidente concursal» caracterizado por su brevedad y que además al ajustarse al trámite del juicio verbal, una vez contestada la demanda asegura la rápida solución de aquellas incidencias que puedan surgir a lo largo del procedimiento, lo que, sumado a la poda de los recursos, en muchos casos quedan reducidos al de reposición y aun los de apelación se sustanciarán en un solo efecto, lo que, salvo en casos excepcionales en los que medie la casación, garantiza el fin de aquellos procesos concursales —léase quiebras— que se prolongaban años y años y que ni los propios instantes alcanzaban a ver conclusos.

Las notas esenciales de la reforma son, a grandes rasgos, las siguientes:

1. Se supera la distinción entre comerciante y no comerciante en las situaciones de insolvencia, sin perjuicio de que se respeten determinadas especialidades del concurso de empresarios de su estatuto específico (llevanza de la contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil, declaración del concurso que procede respecto de cualquier deudor, sea persona física o jurídica).
2. Creación de una jurisdicción especializada, los Juzgados de lo Mercantil.
3. Al Juez se le atribuyen amplias facultades en la graduación de los efectos del concurso, adopción de medidas cautelares, como el embargo de los bienes de los administradores. La Jurisdicción del Juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas relacionadas con el concurso.
4. Aunque se establece un proceso concursal único se distingue entre concurso necesario y voluntario.
5. Se estimula la declaración del concurso imponiendo sanciones al deudor por incumplimiento del deber de solicitarlo y concediendo

al acreedor que inste la declaración un privilegio general sobre su crédito hasta la cuarta parte de su importe.

6. Flexibilidad del procedimiento, que tiene una fase común que puede desembocar en el convenio o en la liquidación.
7. Búsqueda de la continuidad de la empresa.
8. En cuanto a los efectos de la declaración del concurso se prevé la paralización de las acciones individuales de los acreedores contra el patrimonio del concursado con excepciones.
9. Las acciones ejecutivas, incluidos los apremios administrativos o tributarios, quedan en suspenso si se hallan en tramitación, salvo las providencias de apremio acordadas con anterioridad a la declaración de concurso, y no pueden iniciarse una vez declarado el concurso.
10. Se sigue un criterio intermedio en cuanto a las garantías reales.
11. El procedimiento concursal desemboca en fase de liquidación a instancia del deudor o a instancia de los acreedores cuando no se alcanza el convenio o éste se frustra. En estos casos se procede a la determinación de la masa activa (bienes integrantes de la masa de la quiebra) y de la masa pasiva (créditos).
12. Órganos del concurso son el Juez, la administración judicial y la junta de acreedores. Si bien hay que aclarar que la Ley simplifica la estructura orgánica del concurso. Sólo el Juez y la administración constituyen los órganos necesarios del procedimiento, la Junta de Acreedores únicamente se constituye en la fase de convenio cuando no se haya aprobado por el sistema de adhesión una propuesta anticipada.
13. Igualdad de tratamiento de los acreedores, salvo excepciones.
14. Fases del procedimiento del concurso son declaración del concurso, administración, determinación de la masa activa, determinación de la masa pasiva, aprobación del convenio, calificación del concurso y sus efectos.
15. Deber del deudor de colaborar con los órganos del concurso, no interrumpiéndose el ejercicio de la actividad profesional del deudor por la declaración del concurso.
16. En caso de concurso de persona jurídica, durante la tramitación del concurso se mantienen los órganos de la persona jurídica.
17. En cuanto a las soluciones del concurso, el convenio es la solución normal del concurso, y la solución alternativa es la liquidación.

VI. ESPECIAL REFERENCIA A LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL

Sin duda, la novedad primordial de las dos leyes en las que confluye la reforma procesal en España es la creación de órganos especializados en la materia en los que se concentrarán una serie de materias que hasta ahora estaban atribuidas a diferentes órganos jurisdiccionales, lo que retrasaba notablemente la resolución de los conflictos.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Reforma Concursal señala los objetivos que deben lograrse con la creación de los Juzgados de lo Mercantil:

En primer lugar, que la totalidad de las materias que se susciten dentro de su jurisdicción sean resueltas por titulares con conocimiento específico y profundo sobre la materia, lo que ha de facilitar unas resoluciones de calidad en un ámbito de indudable complejidad técnica.

En segundo término, ello ha de contribuir a que estas mismas resoluciones se dicten con mayor celeridad, pues ese mejor conocimiento del Juez en la materia se traducirá en una mayor agilidad en el estudio y resolución de los litigios.

En tercer lugar, se conseguirá más coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas, siendo posible alcanzar criterios más homogéneos, evitándose resoluciones contradictorias en un ámbito de indudable vocación europea, lo que generará una mayor seguridad jurídica.

Por último, la creación de estos Juzgados, especializados dentro del orden jurisdiccional civil supondrá una redistribución del trabajo que correlativamente favorecerá el mejor desarrollo de las previsiones de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por todo ello esta especialización debe tener su implantación igualmente en la segunda instancia; para ello bastará que una o varias Secciones de Audiencias Provinciales, en función del volumen de trabajo, asuman en exclusiva el conocimiento de los asuntos propios de esta jurisdicción mercantil, experiencia que, como acaba de señalarse, ya ha sido llevada en algunas Audiencias. Esta exclusividad contribuirá aún más a la unificación interpretativa de las normas sometidas a su consideración.

Tan importantes reformas implican la necesaria modificación de la Ley 38/1998, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial.

Los Juzgados de lo Mercantil se crearán especialmente en aquellas capitales de provincia en las que, tanto por ser núcleos en donde los procedimientos concursales son estadísticamente más frecuentes, como por tener atribuido el conocimiento exclusivo de determinadas pretensiones con exclusividad al resto (sedes del Tribunal Superior de Justicia), resulte así conveniente para el adecuado cumplimiento de la función jurisdiccional con respecto a los plazos procesales. Por otro, nada impedirá la reconversión de Juzgados Civiles en estos mercantiles de nueva creación en aquellas provincias donde, en atención al volumen de asuntos, no sea necesaria la ampliación de planta; sin perjuicio además, de que en algún Juzgado pueda extender su jurisdicción a otra provincia, dentro de una misma Comunidad Autónoma, si eso resulta conveniente en función del volumen de asuntos.

Del mismo modo y por el mismo principio de eficacia y adecuación de medios, y en aquellos casos en que condiciones objetivas así lo aconsejen, se podrán establecer Juzgados de lo Mercantil en poblaciones distintas a la capital de provincia.

En cuanto a su competencia ésta viene determinada en el nuevo artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial creado por la Ley Orgánica

de Reforma Concursal. Estos Juzgados conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos de su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del Juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1. Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado.
2. Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.
3. Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.
4. Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción.
5. Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita.
6. Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.

Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:

- a) Competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.
- b) Las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional.
- c) Aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho Marítimo.
- d) Las acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.
- e) Los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para este procedimiento.
- f) Los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y su derecho derivado.
- g) Cuantas incidencias o pretensiones se promuevan como consecuencia de la aplicación de la normativa vigente sobre arbitraje en las materias a las que se refiere este apartado.

Por otra parte, la formación de los Jueces de lo Mercantil correrá a cargo del Consejo General del Poder Judicial que ya ha firmado convenios con varios organismos para que sean ellos los que formen a los jueces en

esas materias. Así por ejemplo se puede citar el Acuerdo con el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) firmado el pasado 4 de julio de 2003.

Hay que tener en cuenta que en los nuevos Juzgados Mercantiles un solo Juez deberá conocer y resolver todas las cuestiones relacionadas con la quiebra y suspensión de una empresa, por ejemplo, y para ello deberá ser un experto en esos temas.

Por lo tanto, al Consejo General del Poder Judicial le compete la formación de los Jueces de lo Mercantil, así como la adjudicación de plazas.

El Consejo ha emitido un informe en el que propone una serie de medidas para especializar a los Jueces en materia mercantil.

Para empezar, todo aquel que quiera ocupar una plaza en estos Juzgados de nueva creación deberá pertenecer a la carrera judicial por un período mínimo de un año. Según el Consejo General del Poder Judicial, «la experiencia generalista del aspirante durante ese período parece imprescindible para acometer su formación especializada». Después deberán superar unas pruebas selectivas con un programa que comprenderá entre 80 y 100 temas.

El Consejo también propone crear para los opositores que hayan superado la prueba un curso teórico-práctico que será flexible en su duración, dependiendo de la experiencia con la que cuente cada Juez. Las prácticas consistirán en dictar un número de resoluciones, que serán evaluadas por el Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial.

La parte teórica, según el Consejo, deberá aportar al Juez en formación conocimientos sobre análisis financiero y contable, tramas de ingeniería financiera y funcionamiento de mercados financieros, entre otras materias. En el caso de que las plazas no fueran cubiertas a través de las pruebas selectivas, se ocuparán por los Jueces que más experiencia tengan en la jurisdicción civil. Y si así tampoco se cubren, se aplicarán criterios de antigüedad.

El Consejo General del Poder Judicial también considera que sería conveniente conceder un plazo máximo de un año para que los Jueces ocupen las plazas en los nuevos órganos judiciales. De esta manera podrán optar a destinos que sean más acordes a sus intereses personales y familiares.

En cuanto al número de los Juzgados que se van a crear, aún no hay ninguna estimación exacta, si bien se habla de una cifra entre 62 y 68.

El Consejo General del Poder Judicial antes de pronunciarse sobre este asunto pretende protocolizar de forma uniforme las distintas clases de procedimientos civiles para poder conocer el número de asuntos en materia mercantil que se registran en las distintas provincias y localidades.

El Consejo General del Poder Judicial quiere así contar con una estimación sobre cómo va a afectar cualitativa y cuantitativamente las nuevas competencias asignadas a los Juzgados Mercantiles.

El estudio se realizará a nivel nacional para conocer la realidad de cada provincia «y realizar una prospección razonable de la litigiosidad futura de cada territorio, lo que permitirá no sólo conocer la realidad presente, sino realizar previsiones a corto y medio plazo con aproximación fundada en reglas científicas», según se especifica en el informe.

El Pleno opina que sería conveniente que la implantación de los Juzgados de lo Mercantil se hiciera de manera gradual, analizando los resultados de cada fase y proyectándolos razonablemente sobre las siguientes a fin de garantizar la máxima eficacia de aquélla.

El artículo 2 de la Ley Orgánica para la reforma Concursal añade un nuevo artículo 86 bis en la Ley Orgánica del Poder Judicial con la siguiente redacción:

«1. Con carácter general, en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o varios Juzgados de lo Mercantil.

2. También podrán establecerse en poblaciones distintas a la capital de provincia cuando, atendidas, la población, la existencia de núcleos industriales o mercantiles y la actividad económica lo aconsejen, delimitándose en cada caso al ámbito de su jurisdicción.

3. Podrán establecerse Juzgados de lo Mercantil que extiendan su jurisdicción a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma, con la salvedad de lo previsto en el apartado 4 de este artículo.»

Por otra parte, la creación de los Juzgados de lo Mercantil no se queda sólo en adjudicar plazas a los que sean sus titulares y formarlos. Conlleva también constituir una oficina judicial adecuada que responda a las necesidades de estos órganos judiciales especializados. De este asunto se ocupa también el órgano de gobierno de Jueces y Magistrados.

El Consejo apuesta por una oficina judicial específica para los Juzgados Mercantiles, cuya estructura se diseña en función del alcance y extensión de su jurisdicción.

La oficina judicial no debe ser una reproducción mimética de las que ya existen, sino que se debe formar teniendo en cuenta peculiaridades de toda índole derivadas de su implantación territorial.

El Pleno del Consejo considera que sería lógico que la oficina judicial de estos órganos estuviera constituida por una pequeña unidad de apoyo directo al Juez, una secretaría común a los distintos órganos de este tipo a la que estuvieran adscritos todos los expertos económicos de los que el Juez debería auxiliarse para obtener conocimientos periciales necesarios para su función, con conexiones informáticas con todas aquellas entidades e instituciones que fueran necesarias para que el Juez pudiera recabar en tiempo real todos los datos que resultasen precisos.

Finalmente, el Consejo también considera conveniente y de gran utilidad, en la formación de los nuevos Jueces mercantiles la creación de un «foro virtual» que permita una comunicación constante entre ellas.

En definitiva un modelo que también se experimentó en su día con los titulares de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Finalmente, hemos de referirnos a la creación por la Ley de Reforma Concursal del denominado Tribunal de Marcas. La mencionada Ley lo configura en el apartado 4.º del nuevo artículo 86 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que la misma modifica:

«Los Juzgados de lo Mercantil de Alicante tendrán competencia, además, para conocer, en primera instancia y de forma exclusiva, de todos aquellos litigios que se promuevan al amparo de lo previsto en los Reglamentos 40/1994, del Consejo de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, y 6/2002, del Consejo de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios. En el ejercicio de esta competencia, dichos Juzgados extenderán su jurisdicción en todo el territorio nacional, y a estos solos efectos se denominarán Juzgados de Marca Comunitaria.»

El Tribunal de Marcas de Alicante entrará en funcionamiento el próximo 1 de septiembre de 2004.

El Juzgado Decano de Alicante y una Sección de la Audiencia Provincial componen el Tribunal de Marcas Comunitarias en España que extenderá su jurisdicción a todo el territorio nacional. Este órgano judicial asumirá los pleitos sobre marcas si el demandado es español; si la empresa demandante es española y la demandada no está registrada como empresa en la Europa Comunitaria, y siempre que litiguen dos empresas que no tengan domicilio ni establecimiento comunitario, pero que el conflicto se origine con ocasión de una marca registrada en la Unión Europea.

El Tribunal de Marcas de Alicante resolverá los conflictos entre empresas españolas y las europeas y los que impliquen a empresas mercantiles no comunitarias que hayan registrado la marca en la OAMI.