

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Segunda época. Vol. 50/2
Desde su fundación vol. 69
(Fasc. 109)
Julio-Diciembre 2002

Bilbao
Universidad de Deusto
2003

Director:

Ignacio María Beobide

Consejo Asesor:

María Álvarez
Jorge Caramés
Francisco Garmendia
José María Merino
Jaime Oráa
Demetrio Velasco

Administración:

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

Distribución:

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

Precios de suscripción:

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

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

Publicación impresa en papel ecológico

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

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

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

Impresión: Artes Gráficas Rontegui, S.A.L.

Sumario

Estudios

- Ricardo DE ANGEL YÁGÜEZ, *Una expresión de lo que no es buena fe: El ejercicio malicioso de acciones judiciales. Jurisprudencia española de las dos últimas décadas* 11
- Fernando GÓMEZ MARTÍN, *La Administración Concursal* 49
- Emilio GONZÁLEZ BILBAO, *Formación de la masa pasiva. Reconocimiento y clasificación de créditos en la reforma concursal con especial consideración de los créditos salariales* 99
- Víctor Fernando MANRIQUE LÓPEZ, *Pensiones y acciones complementarias de la protección de Seguridad Social* 131
- Gema TOMÁS MARTÍNEZ, *La prohibición de autocontratación en la representación legal. Estudio histórico y regulación actual* 145

Congresos y Conferencias

- Manuel María ZORRILLA RUIZ, *Inhumanidad del terrorismo en el espacio judicial* 171
- Manuel María ZORRILLA RUIZ, *Modernidad y moralidad de la mundialización* 181
- Antón HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, *El arbitraje y la empresa: Algunas reflexiones personales* 197

ESTUDIOS

UNA EXPRESION DE LO QUE NO ES BUENA FE: EL EJERCICIO MALICIOSO DE ACCIONES JUDICIALES. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA DE LAS DOS ULTIMAS DECADAS¹

Ricardo de Angel Yáguez

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

Sumario: I. Propósito de esta aportación. La percepción de la buena fe por su «contrario», la mala fe. II. «Derecho a litigar» y mala fe. III. Lo que nos dice la jurisprudencia. A) Doctrina precedente. B) Casuística: interdicto y paralización de una obra, petición de medidas cautelares, ejercicio de acciones penales, formulación de juicio ejecutivo, solicitud de declaración de quiebra.

I. Propósito de esta aportación. La percepción de la buena fe por su «contrario», la mala fe

En este trabajo me propongo abordar una concreta expresión o manifestación de lo que es comportamiento *contrario a la buena fe*.

Prefiero no utilizar, como quizá parecería lógico, la expresión *mala fe* (y, en realidad, de eso se trata), porque siempre me ha parecido² que el concepto jurídico de buena fe se entiende mejor (y, sobre todo, se «capta» mejor, en las situaciones que la realidad nos depara) mediante la descripción de *lo que no es*. Esto último explica el porqué del título que doy a esta aportación.

Quiero decir que aunque se pueda «construir» un concepto de buena fe suficientemente *acabado* a efectos del discurso jurídico (y buena prueba de ello son las excelentes obras que nos proporciona la doctrina de todos los tiempos y lugares), es posible que, en realidad, nuestras reflexiones sobre ese concepto —cuando las trasladamos a los problemas que las relaciones sociales suministran, esto es, vistas las cosas desde una perspectiva empírica o fenomenológica— sólo adquiera-

¹ Este trabajo se ha redactado para su inclusión en la obra colectiva e internacional *Tratado de la buena fe en el Derecho*, que se va a publicar por Editorial La Ley, de Buenos Aires, bajo la coordinación del Profesor Marcos M. Córdoba.

² Utilizo este verbo porque hablo de una «impresión», no de una afirmación categórica que ahora intente demostrar.

ran el suficiente grado de *perceptibilidad* no tanto en función de *qué es buena fe*, sino de *qué no lo es*³.

De lo que vengo diciendo podría deducirse que no siempre, o no necesariamente, la *ausencia de buena fe* es equiparable o coincide con la *mala fe*.

Por ejemplo, y sin entrar en mayores honduras, acudamos a lo que sobre la buena fe dice esa considerable autoridad que es el Diccionario de la Real Academia de nuestra lengua.

El Diccionario, en su 22.^a edición, Madrid, 2001, tiene el acierto de definir la buena fe (en ambos casos en su acepción jurídica) de dos formas diferentes. En primer lugar, se dice de ella que es «*criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho*». Y a continuación añade: «*En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte*».

Creo que la diferenciación es atinada, porque, entre otras cosas, vista la primera acepción de las dos citadas, puede pensarse que una conducta no ajustada al «comportamiento honesto de los sujetos de derecho» es una actuación *de mala fe*.

En este sentido, pero sólo en él, no cabría un «tercer género», distinto de la buena fe o de la mala fe. Es decir, nos encontraríamos ante lo que en la lógica se denomina *oposición contraria*, que se refiere a las ideas o las cosas bajo el mismo género, pero sin poder unirse simultáneamente bajo un mismo sujeto⁴.

A mi modo de ver, las ideas «contrarias» (no necesariamente «contradictorias») de buena fe y mala fe no admitirían un *tertium genus*, porque el «criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto» tiene una doble característica: de un lado, no se proyecta hacia ninguna persona *determinada*, por lo que no existe el ele-

³ No me parece descartable la interpretación, que ahora me limito a sugerir, de que el tradicional principio de presunción de buena fe no sea sino consecuencia de lo que digo en el texto. Me parece defendible, en efecto, la teoría de que la buena fe, como tal, no es demostrable, no pudiendo probarse más que cuando *otro* niegue su existencia. En este caso, aquel a quien se imputa mala fe tiene la *carga* de probar la inexactitud de los hechos en que tal imputación se funda. Es decir: en términos jurídicos —no en otro sentido— nadie se halla comprometido a acreditar que su comportamiento (el que sea) ha sido *de buena fe*. Es cuando *alguien*, en un concreto conflicto, alega la mala fe de un sujeto, cuando éste se encuentra en la *necesidad* de acreditar que, por el contrario, su conducta fue de *buena fe*. Pero esa *prueba* es por la vía indirecta de acreditar la *no mala fe*. En otras palabras, no es que la buena fe se presuma, sino que su *prueba* sólo puede llevarse a cabo en la medida en que el contradictor *no ha demostrado* su inexistencia.

⁴ Voz *oposición*, en *Diccionario de Filosofía*, de FERRATER MORA, nueva edición revisada, aumentada y actualizada por J. M. TERRICABRAS, Barcelona, 1994, III, pp. 2640 ss. En este lugar, como ejemplo de ideas opuestas contrarias, se mencionan las de *virtud* y *vicio*.

mento de referencia de *lo que otro podía haber esperado*; de otra parte, y por eso mismo, la buena fe (o su contrario, la mala) puede ser enjuiciada por un tercero observador neutral sin necesidad de tener en cuenta si la conducta contemplada frustró o no las expectativas de alguien *en concreto*.

Quizá no sean así las cosas en la segunda acepción del Diccionario, esto es, la que contempla la buena fe a la luz de *relaciones bilaterales*. En este caso, hay un *otro concreto* sobre el que la conducta enjuiciada se proyecta. Por eso se dice que es buena fe un «comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte». El hecho de que esa *otra parte* albergue tales *expectativas* permite, a mi modo de ver, decir que un comportamiento *no es de buena fe*, sin que por ello tenga que afirmarse necesariamente que *es de mala fe*.

Es decir, en esta segunda acepción cabría pensar en un «tercer género», no subsumible en los valores morales de buena fe o de mala fe. Podría tratarse de una conducta moralmente *irrelevante*, pero no constitutiva de *buena fe*. Se diría de ella, únicamente, que *no es de buena fe*, pero sólo porque frustra legítimas expectativas *del otro*. Expectativas que, por no haber sido conocidas o por no haber podido ser razonablemente tenidas en cuenta por el autor de la conducta, no permiten decir *siempre* que éste actuó *de mala fe*.

Las cosas cambian cuando en el mismo Diccionario de la Real Academia se observa el significado atribuido a la expresión *mala fe*.

Se dice de ella que es «*malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta algún bien*».

Obsérvese que en —este caso— el criterio de valoración, por así decirlo, *se objetiva* con la referencia a una «inclinación a lo malo y contrario a la virtud» (malicia); y, sobre todo, con la alusión al «proceder inconsiderado e imprudente» (que es lo que se desprende de «temeridad», como *calidad de temerario*).

Todas las consideraciones precedentes —lo decía ya al principio— no pretenden ser ninguna «construcción filosófica». Ni era mi intención, ni entra en mis posibilidades. Pero, desde luego, lo que no podrá decirse es que no se ajusta a la necesidad de interpretar el concepto *normativo* de la buena fe (y de su posible contrario, la mala fe) a la luz del «sentido propio de las palabras», como ordena el artículo 3.1 del Código civil español sobre la interpretación de las normas jurídicas.

Lo que en todo caso puede añadirse es que mis anteriores reflexiones tienen mucho que ver en un trabajo como éste, en el que —como tendremos oportunidad de comprobar— los criterios jurisprudenciales acaban planteándose (indirectamente) el problema de la buena fe; pero en función *no de lo que ella es*, sino de *lo que no es*.

Y todo esto es porque, según puede deducirse del título mismo de esta aportación, lo que en ella se somete a análisis es qué consecuencias acarrea el ejercicio de acciones judiciales cuando quien las entabla o plantea lo hace *de mala fe*.

II. «Derecho a litigar» y mala fe

1. Es sabido que constituye causa de justificación, esto es, circunstancia excluyente de la responsabilidad del autor de una acción, el que ésta sea en ejercicio de un derecho del que dicho autor es titular.

El titular de un derecho ostenta un poder compuesto por un conjunto de facultades, es decir, posibilidades concretas de actuación. Cuando las ejercita o pone en práctica, aunque al hacerlo dañe a otra, no responde del perjuicio ocasionado, por ser éste (o poder serlo) una consecuencia natural del derecho que se tiene atribuido.

Pero es sabido también que el ejercicio de los derechos está sujeto a «las exigencias de buena fe» (artículo 7.1 del Código civil), del mismo modo que «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo» (artículo 7.2).

De otro lado, es derecho fundamental de la persona (artículo 24.1 de la Constitución española) el de obtener la «tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos». Podría hablarse, así, de un *derecho al acceso a la justicia*, o de un *derecho a la jurisdicción*.

Es claro que el ejercicio de una acción judicial por alguien puede redundar en *perjuicio* de otro. Ocurrirá, de ordinario, cuando aquella acción es estimada total o parcialmente. Sin embargo, no cabe pensar —en principio— que tal actuación sea constitutiva de un daño de los que entrañan responsabilidad, por no ser un *daño injusto*.

Si la acción es de las que resuelven de forma definitiva una controversia, y es desestimada, la «injusticia» de la pretensión llevará aparejada normalmente la *sanción* de la condena en costas al litigante perdedor.

Pero se ha planteado en la doctrina (y, desde luego, también mucho en la jurisprudencia, como en seguida veremos, por referencia a la española) la cuestión de si el ejercicio de acciones judiciales —o al menos de algunas de ellas— puede constituir un *daño injusto* subsumible en el genérico deber de indemnizar, propio de lo que conocemos como responsabilidad civil o responsabilidad extracontractual (en el Derecho español, artículo 1.902 del Código civil, en lo que respecta al llamado «régimen de Derecho común»).

El problema se plantea sobre todo en relación con pretensiones (si hablamos de las civiles) de las que no dan lugar a una resolución definitiva sobre el fondo de la controversia. El caso más característico es sin duda el de las que en el sentido más amplio podríamos llamar «pretensiones cautelares». También pueden tenerse en cuenta al respecto las acciones que, al menos en algunos ordenamientos, no impide un ulterior «juicio sobre el fondo». No quedan tampoco fuera del problema las acciones encaminadas a promover «juicios universales», esto es, procedimientos en los que tienen (o pueden tener) intervención personas distintas de la que promueve la acción y de aquella contra la que se ejercita. Así mismo, puede plantearse la cuestión si hablamos de acciones penales que no prosperan.

2. Como tesis de principio, es menester admitir que el ejercicio del *derecho a litigar*, aunque acabe en el fracaso, no ha de considerarse conducta ilícita. Dicho de otro modo, el *derecho a litigar* no es causa de daños *injustos*. De hecho, el Tribunal Supremo español ha acudido frecuentemente a la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit* para llegar a la conclusión de que no existe abuso del derecho (el del citado *derecho a litigar*) cuando, sin traspasar los límites de la equidad y buena fe, se pone en marcha el mecanismo judicial para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle.

Sin embargo, hay que tener presente que es el propio Tribunal Supremo el que, ya desde antiguas sentencias, hace la salvedad relativa a quien promueve un pleito sin *iusta causa litigandi*. Es lo que en los tribunales franceses se considera el caso de un pleito promovido por malicia o mala fe, o como consecuencia de un error grosero asimilable al dolo. O lo que en algunos Estados de Norteamérica se estima en relación con quien promueve repetidamente pleitos infundados contra otro, con el solo ánimo de molestarle. Es también en la doctrina anglosajona en la que se acuñó la expresión «causa probable», para definir los casos en que los derechos procesales se ejercitan de forma culpable; «causa probable», concepto que desde luego ha de interpretarse *a sensu contrario*, se corresponde con la razonable creencia de que la actividad procesal emprendida era fundada.

3. En el presente trabajo me mueve el objetivo de poner de manifiesto cuál es el *estado de la cuestión* en el momento actual⁵, a la luz de la más reciente jurisprudencia española. Como señalo en el título, me refiero a la de las dos últimas décadas. Se trata sobre todo de doctrina

⁵ Me ocupé de ella con anterioridad en *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, pp. 264 ss. Y luego en *Comentario del Código civil*, Barcelona, 2000, tomo 8, pp. 368 ss.

de la Sala Primera (de lo civil) del Tribunal Supremo —cuyas sentencias cito como STS, más la fecha—, sin perjuicio de traer a colación alguna de Audiencias Provinciales —que refiero como SAP de la Audiencia correspondiente, más la fecha— o de las hoy desaparecidas Audiencias Territoriales —SAT—.

La observación de esa «jurisprudencia» (uso la expresión en su sentido más amplio) mueve a decir que sigue siendo realidad en los Tribunales españoles lo que en 1974 señaló DIEZ-PICAZO⁶, esto es:

- 1.º Para resarcir los daños causados por procedimientos judiciales temerarios o maliciosos es insuficiente el criterio de la condena en costas.
- 2.º Se observa una cierta benevolencia en nuestros Tribunales hacia los litigantes maliciosos. Quizá pudiera decirse, añadido yo, que es posible que sobre los Tribunales pese excesivamente el *garantismo* (palabra que no me gusta y que no está en el Diccionario, pero que adopto por circunstancias) del reconocimiento del *derecho a litigar*.
- 3.º Se reconoce el deber de indemnizar cuando el proceso se desvía de su función natural, es decir, cuando el Tribunal considera que no existe una *iusta causa litigandi*⁷.

4. Por otra parte, y en lo que interesa al libro en el que se inserta mi presente aportación, procede señalar que las sentencias primeras del Tribunal Supremo sobre la materia que nos ocupa solían argumentar (cuando estimaban la demanda de responsabilidad) sobre la base de la *mala fe* del demandado, esto es, de quien había ejercitado la acción judicial sin la *iusta causa litigandi* de que hablamos.

Se explica que fuera así, dado que la incorporación del principio de proscripción del *abuso del derecho* a nuestro ordenamiento jurídico es relativamente reciente; data de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, de modificación del Título Preliminar del Código civil, luego articulada por Decreto de 31 de mayo de 1974⁸.

⁶ *Los daños causados como consecuencia de actuaciones judiciales*, conferencia pronunciada el 28 de mayo de 1974 en el Colegio Notarial de Barcelona, publicación sin referencia bibliográfica.

⁷ A veces se lee en alguna sentencia, probablemente por error en la transcripción, *iusta causa litigantis*. Me parece que esta palabra *litigantis*, aunque no imposible, a partir del verbo latino *litigare*, no es el término más ortodoxo. Para hablar del *litigante*, en latín más clásico, parece que habría que utilizar el sustantivo *litigator*. Más grave es que en alguna sentencia se lea *iuxta*, en vez de *iusta*.

⁸ El concepto de *abuso del derecho* ya era bien conocido en nuestra jurisprudencia, del mismo modo que había sido formulado en alguna disposición legal de carácter sectorial.

Y no está de más recordar lo que sobre el abuso del derecho proclama el artículo 7.2 del Código: «2. *La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.*»

Quizá por lo que acabo de señalar, las sentencias de los últimos tiempos muestran más inclinación que las anteriores a subsumir en el concepto de abuso del derecho, cuando las condenan, las conductas de quienes ejercitan una acción judicial sin *iusta causa litigandi*. Nos lo van a poner de manifiesto resoluciones que en seguida citaré. Lo que ocurre es que en muchas de ellas se argumenta *cumulativamente*; es decir, reprochando al ejerciente de la acción judicial el haberlo hecho con *abuso del derecho* y, además, *de mala fe*.

Precisamente por lo que vengo diciendo, los «casos» que me ocupan son lugares en los que la supuesta diferencia entre *ejercicio de un derecho contrario a la buena fe* y *ejercicio abusivo de un derecho* (en otras palabras, la distinción entre *mala fe* y *abuso del derecho*) se manifiesta como particularmente difícil⁹.

5. De las sentencias que examinaré a continuación se desprende que el Tribunal Supremo acude a argumentos basados en muy diferentes conceptos jurídicos. Y no es raro que la Sala, para estimar o desestimar la demanda, invoque a la vez varios conceptos o principios, en una especie de designio de buscar la *superabundancia* de la convicción.

Así, no pocas veces se razona utilizando preferentemente el concepto de abuso del derecho.

Es el caso de las sentencias que ahora me limito a citar (sus pasajes más interesantes se encuentran en el siguiente apartado III):

Lo que se produjo con ocasión de la reforma del Código civil de 1973 y 1974 fue la formulación del mismo con el *rango* de principio general aplicable al ejercicio de *todo derecho subjetivo*. Hay que hacer notar, de otro lado, que hasta aquella reforma tampoco la *buena fe*, como «principio», se encontraba expresada en nuestro Código; sólo había en él episódicas alusiones a tal concepto, al darse solución legal a específicos conflictos de intereses, sobre todo en el ámbito de los derechos reales y del Derecho de obligaciones.

⁹ No es mi designio entrar en el problema conceptual que menciono. Me limito a señalar —porque basta— que en los casos de ejercicio de una acción judicial sin *iusta causa litigandi* se encuentra una de las más claras expresiones de la tesis que entiende que «la inadmisibilidad del abuso se refugia bajo el principio de la buena fe, considerándose un corolario de éste» (en palabras de MIGUEL GONZÁLEZ, comentario al artículo 7.1, en *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, p. 46).

En la STS 17-3-84 se dice que «no existe una conducta dolosa o culposa reveladora de un abuso de derecho en la denuncia de obra nueva por los demandados» y que «el ejercicio de aquella acción de denuncia interdictal no fue una acción gratuita y carente de causa o motivación real».

La STS 6-2-99 alude a este concepto manifestando: «... se puede definir como aquel aspecto del abuso del derecho relativo a determinar si incurre en responsabilidad aquella persona que dentro de una contienda judicial mantiene pretensiones manifiestamente indefinidas u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del llamado “derecho a litigar”».

Lo mismo sucede en la STS 2-2-2001, en la que se encuentran las siguientes palabras: «... posibilitando la condena a quien ejercitó acciones interdictales basadas en situaciones fácticas de comportamientos demostrados como abusivos al ejercitar la acción con ausencia de normal prudencia».

Las nociones de abuso del derecho y de fraude procesal se encuentran yuxtapuestas en la STS 14-7-89, en la que se lee: «Que los ciudadanos impetren la tutela jurisdiccional, con abuso de derecho o fraude procesal, puede ser acto generador de responsabilidades, pero tales casos no se dan en los hechos de autos, en los que los demandados vencieron en vía contencioso-administrativa y su denuncia penal y luego querrela, ni fue rechazada a “a limine litis”, como pudo rechazar el órgano judicial haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, ni fue declarada denuncia falsa, ni siquiera la querrela sobreseída fue calificada de temeraria...».

Abuso del derecho y mala fe se encuentran, por ejemplo, en la STS 10-2-98, con las siguientes palabras: «... que excluye todo abuso de derecho, pues no se ha probado la intención de dañar, ni la falta de un interés legítimo, ni de una conducta de mala fe o contra la función social del derecho ejercitado, cuyos límites normales fueron respetados...».

La idea de buena fe, en relación con la cuestión que nos ocupa, si quiera a veces sea *a sensu contrario*, está presente, por ejemplo, en la STS 28-3-98. Uno de sus pasajes dice: «...pero ello requiere siempre la concurrencia de culpa o negligencia al entablar la acción interdictal, pues, como dice la última de las reseñadas entre paréntesis ... “ha de procederse con sumo cuidado, pues no toda desestimación de la demanda es prueba por sí misma de actuar negligente ni puede coaccionarse psíquicamente con la amenaza de un pleito de responsabilidad civil a quien cree honestamente tener derechos que ejercitar o defender para que no acuda a la vía jurisdiccional...”».

Lo mismo sucede en la STS 31-1-92, que en un caso de ejercicio de acción penal manifestó: «*La mera posibilidad jurídica de admitir un proceso tendente a obtener la reparación de los daños causados por otro proceso está admitida en la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 11, en el Código civil, artículos 7.1 y 2, cuando exigen respetar en los procesos la buena fe y proscriben las actuaciones procesales constitutivas de abuso de derecho o fraude procesal.*»

En la STS 2-6-99, la buena fe se identifica, a los efectos que nos ocupan, con «licitud, honestidad y rectitud»; y más adelante, con «prudencia».

En algún caso, lo que se considera sancionable es la «actuación dolosa», como expresión de lo que no es buena fe. Esto ocurre por ejemplo en la STS 20-12-91.

Se observa la misma idea en la STS 19-2-2002, al hablarse en ella de «malicia, falsedad o injusticia manifiestas».

No obstante, a veces el Tribunal no llega a exigir un comportamiento doloso, bastándole un proceder con culpa o negligencia. Así, en STS 20-5-98, o en la de 17-6-2000.

De «dolo, negligencia y abuso» se habla en la STS 10-6-2000.

Por fin, en ocasiones la mala fe se «objetiva», por así decirlo, al situarse en el marco de la temeridad. Sucede esto, por ejemplo, en la STS 4-12-97, o en la de 12-12-2000.

Y, desde luego, el Tribunal Supremo se cuida de advertir sobre la cautela que en estos casos debe presidir la decisión judicial. No es de extrañar, precisamente, por los riesgos de indebida limitación del *derecho a litigar*.

Entre otras, en la STS 31-1-92 se dice que «*la calificación de actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal supuestamente abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones, así como con estricto estudio de las resoluciones judiciales cuyo contenido puede ser esclarecedor.*».

III. Lo que nos dice la jurisprudencia

Expuesto, pues, nuestro propósito, corresponde ahora examinar los pronunciamientos jurisprudenciales que anunciaba, agrupados en función de los «tipos» de casos que revela el epígrafe de este apartado.

Pero no está de más reflejar antes y en síntesis lo que podríamos denominar el *cuerpo de doctrina* de la Sala Primera en el problema que nos viene ocupando. Esto es, su línea de pensamiento desde que acce-

dieron a ella las primeras demandas de responsabilidad. Para ello es suficiente el examen de algunas sentencias significativas del pasado.

A) *Doctrina precedente*

La línea jurisprudencial a la que me acabo de referir se encuentra expresada, a modo de ejemplos, en las sentencias de 5-1-77, 22-4-78, 5-12-80 y 23-10-84.

La primera de ellas es una resolución de notable interés, por la doctrina que compendió.

Versó sobre la demanda entablada por Doña Elsa contra varias personas, en la que se solicitaban varias declaraciones (entre ellas la de nulidad de algunas ventas) y además la indemnización de daños causados a la actora por los demandados como consecuencia de una acción de desahucio por precario y consiguiente desalojo.

El TS dijo: «Si bien es cierto que en aplicación del apotegma jurídico *qui iure suo utitur neminem laedit*, recogido por el Derecho romano y nuestra legislación histórica, la sentencia de esta Sala de 21 de diciembre de 1892 declaró que quien ejercita una acción ante los Tribunales no es responsable, a los efectos del artículo 1.902 del Código civil, de los daños que se originen como consecuencia de la resolución judicial que ponga término al pleito, no lo es menos que *para que tal efecto se produzca es menester que el derecho de que se trata no se haya actuado por su titular de forma abusiva, con móvil torpe o traspasando los linderos impuestos por la equidad y la buena fe*, porque, de mediar estas circunstancias, no entrarían en juego ni el principio de Derecho antes mencionado ni la doctrina contenida en la sentencia de 21 de diciembre de 1892, reconociéndolo así la de 4 de abril de 1932, que incluye dentro del ámbito de aplicación del referido artículo 1.902 los supuestos en los que los Tribunales estimen no haber existido *iusta causa litigandi*, y la de 12 de febrero de 1952, que también comprende dentro de él los casos en que lo ejercitado ante los órganos jurisdiccionales no es un verdadero derecho sino una mera apariencia del mismo, y como en el caso que aquí se debate el Tribunal *a quo* sienta como hechos probados que el causante de la recurrente fue quien, a través de personas interpuestas, compró la mitad del inmueble litigioso y quien, pese a tener pleno conocimiento de que dicha porción había sido previamente adquirida por la actora, ejerció contra ella una acción de desahucio por precario y consiguió su desalojo de la finca, *es indudable que dicho señor utilizó abusivamente el derecho que establece el artículo 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento civil y que, en consecuencia, debe responder de los daños causados a su contendiente ...»*

La STS 22-4-78 contiene una declaración un tanto marginal, aunque ciertamente expresiva, sobre la cuestión que me ocupa.

La actora, viuda y legataria de D. Gaspar, formuló demanda contra los herederos de este último, sobre declaración de derechos hereditarios y otros extremos. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. Interpuesto por la actora recurso de casación, la Sala Primera declaró haber lugar al mismo, dictando segunda sentencia por la que confirmó y revocó en parte la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia.

En uno de sus considerandos, el Tribunal se plantea la aducida aplicación indebida, por la Sala de la Audiencia, del artículo 7 del Código civil. Y se acoge el razonamiento de la recurrente al respecto, al manifestar que, reconocido a dicha señora el legado específico que su esposo estableció en su favor, no cabe apreciar en ella ausencia de buena fe o falta de amparo legal, añadiéndose que no es de estimar la existencia en su actuar en la litis (el de la viuda demandante) de una situación de abuso de derecho o de un ejercicio antisocial del mismo, *dado que no pueden apreciarse tales circunstancias en quien se limita a poner en ejercicio un derecho y que además en ciertas facetas es procedente bajo un aspecto, a causa de que el principio jurídico quod tibi non nocet et alteri prodest ad id obligatus est se refiere a los casos en que se trata de impedir el provecho ajeno sin ninguna ventaja ni utilidad propia. Y se invoca el aforismo «quien usa de su derecho a nadie daña».*

Después, tras hacer una síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre el abuso del derecho, la Sala concluye que *«en el campo jurídico la buena fe se presume y únicamente es de desvirtuar esta presunción acreditando conducta claramente contraria, que no procede reconocer en quien, una vez más sea dicho, ejercite derechos en determinadas manifestaciones se reconoce le amparan»* (sic).

En la STS 5-12-80 se trataba de una acción tendente a que se declarase el dominio del actor sobre una parcela de terreno, que abarcaba una franja triangular que había sido objeto de interdicto de obra nueva promovido por el ahora demandado, y por cuya virtud se había acordado la suspensión de la obra que sobre dicha franja se hallaba en curso.

Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Supremo declaró no haber lugar a ninguno de los dos; y en lo relativo al promovido por el actor, reiteró la doctrina que sobre todo se había expuesto en la sentencia de 28 de noviembre de 1967.

Esta doctrina establece que para la viabilidad de la petición de rescabimiento ocasionado por actuaciones de cualquier índole es *menester que la parte que las inició y fue solicitante del proveído jurisdiccio-*

nal haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia, por no haberse asegurado del alcance de la acción ejercida, lo que significa la concurrencia de animus nocendi o intención dañosa, que no existiría, dice la Sala, cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle; por oponerse a ello la máxima qui iure suo utitur neminem laedit, salvo, claro está, que el tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad, estimando la inexistencia de iusta causa litigandi.

Como vemos, se repiten pronunciamientos anteriores de la Sala, bastantes para extraer una verdadera doctrina al respecto, muy próxima —sobre todo en cuanto a la primera parte del razonamiento— a la anglosajona de la «causa probable».

Esto último se manifiesta cuando la Sala, al hacer aplicación de tal doctrina al caso enjuiciado, acepta los presupuestos de la Audiencia, según la cual el actor en el interdicto no había procedido con antijuridicidad ni puede censurársele por haber actuado culpablemente, *ya que había mantenido en el juicio un «criterio opinable».*

STS 23-10-84. El caso debatido era el siguiente: los actores habían arrendado a los demandados una industria hotelera. Próximo el vencimiento del contrato, los arrendadores requirieron notarialmente a los arrendatarios para que desalojasen la industria. Estos se negaron a hacerlo y por ello se dio lugar a una demanda de desahucio (anterior, desde luego, a la del pleito que dio lugar a la sentencia del epígrafe). Resultó que los arrendatarios permanecieron con exceso en el negocio, desde el 27 de agosto de 1977, fecha de terminación del contrato, hasta el 26 de febrero de 1980, en que entregaron la industria.

En el juicio declarativo en el que recayó la sentencia que menciono, los actores —que como queda dicho eran los arrendadores de la industria— reclamaban 2.500.000 pesetas o la suma que el Juzgado señalase como resultado de la prueba, por razón del enriquecimiento torticero. Los demandados se opusieron, negando su condición de poseedores de mala fe, pues al oponerse el desahucio se limitaron a ejercitar un derecho.

El Juzgado condenó a los demandados a satisfacer la suma de 456.000 pesetas, importe de las rentas devengadas desde la fecha de terminación del contrato hasta la del desalojo. Apelada la sentencia por los actores, la Audiencia la revocó parcialmente, condenando a los demandados a abonar la cantidad de 1.368.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios por el incumplimiento contractual de no entregar la industria arrendada a la terminación del arrendamiento.

Los demandados interpusieron recurso de casación, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar al mismo.

Aunque no de una manera directa —pero no por ello de forma menos expresiva—, se plantea en este caso un ejemplo de daños causados por actuaciones judiciales civiles, pues los actores reclamaban daños producidos por el retraso en la entrega del establecimiento hostelero arrendado, mientras que los demandados alegaban que el retraso había sido consecuencia de la duración del juicio de desahucio promovido por aquéllos y en el que los propios demandados (arrendatarios) se habían limitado a ejercitar el derecho a agotar las sucesivas instancias judiciales.

En la sentencia que traigo a colación, y en el considerando de más interés, el Tribunal Supremo dice que el haberse negado categóricamente los demandados a la devolución de la industria arrendada, una vez cumplido el término estipulado de 10 años, infringiendo manifiestamente la obligación que les venía impuesta por los artículos 1.543 y 1.561 del Código civil, constituye un claro incumplimiento de aquélla, sancionable con el resarcimiento de los daños y perjuicios, *que no puede ser impedido por la circunstancia de haber utilizado medios procesales con sucesivas instancias, cuya falta de «razón derecha» ha sido acusada por el organismo jurisdiccional (el Tribunal Supremo se refiere al hecho de que el recurso de apelación contra la sentencia de desahucio fue calificado de «recurso tan infundado» por la sentencia de la Sala que había conocido del mismo).*

Advierto también que la Audiencia Territorial, contra cuya sentencia habían recurrido en casación los arrendatarios en el juicio declarativo que terminó con la del Tribunal Supremo que nos ocupa, había declarado —manifestación que la Sala primera da por buena— que los arrendatarios habían incurrido en «dolo civil», realizando un acto contrario a Derecho y alegando absurda e improcedentemente la existencia de otra relación jurídica (traspaso) *que ni siquiera fue probada indirectamente.*

Se observa, pues, que la Sala del Supremo valora decisivamente la circunstancia de que los arrendatarios hubieran prolongado el arrendamiento, de hecho, mediante el subterfugio de dar lugar a un juicio de desahucio en el que la defensa de aquéllos carecía del más mínimo fundamento (la «causa probable» de la doctrina anglosajona, antes citada).

De este razonamiento se deduce dónde coloca el Tribunal Supremo el límite del *derecho a litigar* y el del abuso o uso injustificado del mismo: en *la existencia de al menos algún indicio que haga sostenible la postura procesal del litigante.* En definitiva, como antes decíamos, en la razonable creencia de que se sostiene una pretensión defendible. Lo que

no es sino manifestar de nuevo la legitimidad de toda actividad procesal, aunque dañe a la otra parte, siempre que no carezca de *iusta causa*.

B) *Casuística*

1. INTERDICTO Y PARALIZACIÓN DE UNA OBRA

a) Sentencia de 17-3-84.

D. Juan José vendió a D. José y a D. Federico una finca cuya entrega no se llegó a realizar, dándose luego por resuelta la venta por el vendedor.

Este último inició luego en el solar una construcción, promoviendo los compradores de la finca un interdicto de obra nueva, por virtud del cual consiguieron la paralización de la misma. Seguido el juicio interdictal, recayó sentencia por la que se desestimó la demanda, por considerar el Juzgado que el procedimiento interdictal no era el adecuado. Los actores formularon recurso de apelación, que determinó la continuación de la suspensión de la obra. Los apelantes no comparecieron en el recurso y fue el 31 de julio de 1978 cuando se autorizó la continuación de la obra, que había sido suspendida el 16 de abril del mismo año.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor.

En su primer considerando, la Sala juzga acreditados los siguientes hechos (con la observación, por nuestra parte, de que no se trata en rigor de hechos, sino de apreciaciones jurídicas): A) Que no existe una conducta dolosa o meramente culposa reveladora de un abuso de derecho en la denuncia de obra nueva ejercitada por los demandados, ya que el ejercicio de aquella acción de denuncia interdictal *no fue una acción gratuita y carente de causa o motivación real*, sin otra finalidad que la de causar un daño al hoy actor. B) Que el supuesto quebranto económico que pudo motivar la suspensión estuvo motivado y era consustancial a la naturaleza del derecho subjetivo usado en defensa de lo que los demandados consideraban como legítimos derechos conculcados. C) Que, descartada una conducta culposa o dolosa en los demandados en la interposición del interdicto de obra nueva, no hay base alguna para imputar por ese hacer de los demandados el supuesto daño sufrido por el actor al suspenderse la obra en el tiempo que duró el interdicto.

Aludiendo a la doctrina del abuso del derecho, alegada por el recurrente, la Sala se remite a las exigencias que de anteriores sentencias del Supremo derivan, esto es, las subjetivas de intención de perjudicar

o de falta de un fin serio y legítimo, y las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. Concluye que en el caso contemplado no se desprenden tales exigencias subjetivas y objetivas, apareciendo sentado en la sentencia recurrida que *«no existe una conducta dolosa o culposa reveladora de un abuso de derecho en la denuncia de obra nueva por los demandados»* y que *«el ejercicio de aquella acción de denuncia interdictal no fue una acción gratuita y carente de causa o motivación real»*, elementos éstos de los que deriva la conclusión jurídica de la inexistencia de un abuso del derecho por parte de los demandados recurridos.

La Sala razona también sobre la alegación del recurrente de que los demandados habían sido condenados en costas por la sentencia de apelación recaída en el proceso interdictal. Y a tal efecto dice, reiterando la apreciación de la Sala de instancia de que no había habido en los demandados una conducta culposa de la que pudiera derivar la obligación de indemnizar, que es de admitir el razonamiento de la propia Audiencia de que *«no hay base para una extrapolación en este caso de la condena en costas en un determinado proceso a una actitud antiética y antisocial en el ejercicio de un derecho subjetivo, supuesto que el marco de la decisión judicial se circunscribe únicamente a la actividad estricta procesal»*, máxime cuando *«en este caso concreto lo que motivó el rechazo de la acción interdictal fue el considerar aquel juzgador que no cabía el interdicto de obra nueva en cosa propia del actor, sino que las defensas de su derecho de propiedad o meramente posesorio deben realizarse por el ejercicio de acciones dominicales o reales»*. Y añade la Sala del Supremo que *«si bien es cierto que en principio puede estimarse que no cabrá apreciar conducta negligente en una conducta litigiosa cuando no haya merecido una condena en costas por parte del juez que la resolvió, esto no quiere decir, ni mucho menos, que todos los supuestos de condena en costas contengan, ya por sí, una negligencia esencial en la conducta de quien interpuso la acción que mereció la repulsa de la condena en costas, en tal grado que comporte necesariamente la obligación de indemnizar»*.

b) A un caso parecido se refiere la STS 4-7-88, en un pleito en que se reclamaba indemnización por daños derivados de la interposición de una demanda interdictal.

Dice el Tribunal Supremo: *«En el motivo séptimo postula el recurrente un resarcimiento de daños y perjuicios derivados, según se dice, del hecho de la paralización de las obras que fue acordada a instancia del demandado, y cuya petición viene basada en la supuesta inaplicación del artículo 1.902 del Código civil por parte de la Sala sen-*

tenciadora, olvidándose en esta argumentación que las obras fueron suspendidas a virtud y por mandato de una resolución judicial firme, dictada en el marco de un procedimiento interdictal correctamente tramitado, no interviniendo en ello acción u omisión alguna por parte del demandado, *que se limitó a impetrar el auxilio judicial, en una situación en la que entendía que se estaban violando sus derechos, y obteniendo finalmente del órgano judicial la protección que solicitaba; razones que han de producir sin más la repulsa de este motivo.*»

c) STS 26-10-88:«La ilicitud en el proceder cabe ser apreciada cuando se da falta de precaución subjetiva, generadora de daños a terceros, que han de ser reparados y cuya demostración resulta inevitable, declarando al respecto la sentencia en recurso que no se acreditó la existencia de daño real, derivado de la suspensión de obras y menos de cuantía tan desorbitada como son los que se peticionan, los que son calificados de notoriamente abusivos.

La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de decidir controversias análogas a las presentes, *para estimarlas procedentes cuando se acredita una persistencia totalmente injustificada en mantener en suspenso las obras iniciadas*, refiriéndose la S. 6-7-90 a un caso en que por cinco veces sucesivas fue ejercitada sin fundamento acción interdictal contra actividades municipales, para la apertura de una vía turística, así como se estimó procedente la aplicación del artículo 1.902 CC, por razón de justicia conmutativa, *posibilitando la condena a quien ejercitó acciones interdictales basadas en situaciones fácticas de comportamientos demostrados como abusivos al ejercitar la acción con ausencia de normal prudencia* (SS. 16-6-78, 23-11-84, 17-3 y 15-12-92, 4-3-96 y 4-12-96). Por contrario, las demandas desestimatorias de los interdictos planteados o, como en este caso, decretando su archivo, no generan por sí perjuicios indemnizables, pues supondría consagrar una situación de responsabilidad ex artículo 1.902 como dice la S. 5-6-95, al objetivizarse la responsabilidad de dicha norma.

Al no concurrir injusto civil en el proceder procesal de Cruz Roja Española, los motivos han de ser desestimados».

d) En la STS 17-3-92 se trataba sobre la reclamación entablada por causa de los daños que el actor decía haber sufrido como consecuencia de la paralización de una obra, entre otros motivos por efecto de un interdicto de obra nueva que uno de los demandados había entablado y que no prosperó.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación del actor.

Dice la Sala en el punto que nos ocupa: «Aun reconocida la existencia de una coacción o vejación injusta de carácter leve, negadas por falta de prueba la existencia del daño y el ejercicio abusivo de la acción interdical, no concretados los que pudieran derivarse de aquel ilícito penal leve, falta uno de los requisitos esenciales —el daño— para la aplicación del artículo 1.902 y no cabe hablar siquiera de nexo causal o vínculo de unión, por inexistencia de uno de los elementos a enlazar, pues ya se ha dicho que no se desprende necesariamente de todo ilícito sea doloso e incardinable en el Código penal, dado que puede resultar una infracción plenamente punible pero sin efectos civiles, por lo que huelga también hablar de inversión de la carga de la prueba, doctrina del riesgo, exigibilidad de responsabilidad por dolo o moderación de la misma en el caso de una acción u omisión negligente».

e) En la STS 10-2-98 se desarrollan los requisitos exigibles para que una acción judicial —por sí misma— pueda dar lugar a responsabilidad:

«La S. 5-6-72 sienta que, según ha declarado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, recogida entre otras en la S. 28-11-67, para que el ejercicio de un derecho pueda calificarse de abusivo es menester que en su realización concurren los siguientes elementos esenciales: 1.º, uso de un derecho objetivo y externamente legal; 2.º, daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y 3.º, inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva, cuando la actuación de su titular obedezca al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficios propios (SS. 14-2-44, 25-11-60, 10-6-63 y 12-2-64), es decir, a un *animus nocendi* o intención dañosa que carezca del correspondiente de una compensación equivalente (SS. 17-2-58, 22-9-59 y 4-10-61), *no deduciéndose tal resultado cuando sin traspasar los límites de la equidad y la buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle* (SS. 27-2-58, 4-3-59 y 7-6-60), *por oponerse a ello la máxima qui iure suo utitur neminem laedit* (SS. 17-4 y 17-11-65 y 12-2-66), *salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad, estimando la inexistencia de iusta causa litigandi* (SS. 4-4-32, 20-4-33 y 13-6-42).

En este caso, no concurren los presupuestos determinados en la sentencia recién citada porque la recurrida, mediante la acción interdical de obra nueva, *ha ejercitado un derecho con el objetivo de poner término a una situación jurídica, con la concurrencia por ello a su favor de una iusta causa litigandi, que excluye todo abuso de derecho, pues no se ha probado la intención de dañar, ni la falta de un interés*

legítimo, ni de una conducta de mala fe o contra la función social del derecho ejercitado, cuyos límites normales fueron respetados.

El hecho de que D. Vicente F.R. hubiera interpuesto recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado *no conculca las exigencias de la buena fe, sino supone el ejercicio de una facultad procesal que le era inherente, máxime cuando la sentencia de instancia manifiesta que no está probada la intención de dañar porque el Juzgado no ha apreciado temeridad en el ejercicio de la acción, como tampoco la Audiencia en la interposición del recurso, cuestión que fue abordada para no imponer las costas a la recurrida».*

f) La STS 28-3-98 formula una amplia reflexión sobre los casos en que procede o no estimar que ha habido exceso en el ejercicio de una acción judicial.

Dice: «Con la base fáctica que antecede, incólume en cuanto que no ha sido atacada en manera alguna, es llano que el recurso tiene que ser desestimado, pues la casación no es una tercera instancia y al supuesto de hecho contemplado corresponde la consecuencia jurídica de la inaplicación de los artículos 7.2 y 1.902 CC, que se alegan como infringidos en los motivos del recurso, imponiéndolo así la propia estructura de aludidos preceptos. Ya la S. de esta Sala de 27-5-88, dictada en recurso contra sentencias desestimatorias de la petición de daños y perjuicios como consecuencia del ejercicio de acción interdictal de obra nueva, habiéndose alegado infracción los mismos artículos que nos ocupan, establecía la improcedencia de aceptar abuso de derecho en la actuación de la otra parte *“dado el carácter excepcional de esta institución y la exigencia de que en los supuestos en que se estime la existencia de abuso ha de ser patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad seria y legítima en la conducta del sujeto, al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado (así, entre otras sentencias recientes, las de 31-12-85, 5-4 y 9-10-86 y 8-7 y 17-9-87).* Pero ello no excluye sin embargo —sigue diciendo la sentencia que reseñamos— que, producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva que resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia, la parte que ocasionó aquéllos deberá responder de los mismos procediendo a su reparación, por cuanto que la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo o sancionador. Sin embargo, no dándose en el supuesto que nos ocupa una conducta claramente infundada y temeraria en la parte que instó y provocó la paralización de las obras, procede la desestimación de los

motivos relativos a la pretendida indemnización de los daños y perjuicios consecuencia de la repetida paralización”. E idéntico criterio se sigue en la S. 5-6-95, al señalar que no procede la indemnización “cuando, como en el presente caso, la conducta de la actora en el interdicto se reconoce alejada de todo reproche a título de negligencia”, pues otra cosa sería objetivar la responsabilidad ex artículo 1.902, con olvido del requisito de la culpa que en dicha norma se contiene.

Cierto que en sentencias recientes se ha dado lugar a la indemnización como consecuencia del planteamiento de interdicto de obra nueva (ver las de 6-7-90, 15-12-92 o 4-12-96), *pero ello requiere siempre la concurrencia de culpa o negligencia al entablar la acción interdictal, pues, como dice la última de las reseñadas entre paréntesis ... “ha de procederse con sumo cuidado, pues no toda desestimación de la demanda es prueba por sí misma de actuar negligente ni puede coaccionarse psíquicamente con la amenaza de un pleito de responsabilidad civil a quien cree honestamente tener derechos que ejercitar o defender para que no acuda a la vía jurisdiccional; se vulneraría de otro modo el derecho fundamental que consagra el artículo 24 CE a la tutela efectiva de derechos”. Todo depende, pues, de la quaestio facti y antes de acudir a casación ha de tenerse en cuenta la naturaleza extraordinaria de este recurso. Y conste que el juzgador de la primera instancia tuvo también en cuenta, en el caso que nos ocupa, que el interdicto de obra nueva puede utilizarse como medida coactiva, extremo que declaró no concurrir».*

g) La STS 30-6-98 sintetizó la jurisprudencia anterior al respecto, diciendo: «La S. 10-2-98 recoge la doctrina de la de 5-6-72, la cual sienta que, según ha declarado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, reflejada, entre otras, en la S. 28-11-67, para que el ejercicio de un derecho pueda calificarse de abusivo es menester que en su realización concurren los siguientes elementos esenciales: 1.º, uso de un derecho objetiva y externamente legal; 2.º, daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y 3.º, inmoralidad o antisocialidad de este daño, manifestada de forma subjetiva, cuando la actuación de su titular obedezca al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficios propios (SS. 14-2-44, 25-11-60, 10-6-63 y 12-2-64), es decir, a un *animus nocendi* o intención dañosa que carezca del correspondiente de una compensación equivalente (SS. 17-2-58, 22-9-59 y 4-10-61), *no deduciéndose tal resultado cuando sin traspasar los límites de la equidad y la buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle* (SS. 27-2-58, 4-3-59 y 7-6-60),

por oponerse a ello la máxima qui iure suo utitur neminem laedit (SS. 17-4 y 17-11-65 y 12-2-66), salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad, estimando la inexistencia de iusta causa litigandi (SS. 4-4-32, 20-4-33 y 13-6-42).

En este caso, no concurren los presupuestos determinados en la S. recién citada *porque la recurrida, mediante la acción interdictal de obra nueva, ha ejercitado un derecho con el objetivo de poner término a esa situación jurídica, con la concurrencia por ello a su favor de una iusta causa litigandi, que excluye todo abuso de derecho, pues no se ha probado la intención de dañar, ni la falta de un interés legítimo, ni de una conducta de mala fe o contra la función social del derecho instado, cuyos límites normales fueron respetados.*

Por demás, la precisión de la decisión recurrida de que “el ejercicio de la acción interdictal frente al constructor, y no contra el dueño de la obra, no integra el elemento objetivo del abuso de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho de litigar”, es explicable y se ratifica en esta sentencia».

h) STS 6-2-99: «Dentro del área del concepto del abuso de derecho, existe un campo muy delimitado de actuación, *como es el conocido doctrinalmente “abuso del derecho y derecho a litigar”, y que se puede definir como aquel aspecto del abuso del derecho relativo a determinar si incurre en responsabilidad aquella persona que dentro de una contienda judicial mantiene pretensiones manifiestamente indefinidas u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del llamado “derecho a litigar”; en otro aspecto, es de si el litigante a quien se han producido daños como consecuencia de la actividad procesal de la otra parte, está amparado por las reglas de la responsabilidad civil, de suerte que pueda ejercitar la acción de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 CC, contra el causante del perjuicio, esgrimiendo la inexistencia de una “justa causa litigandi”*. Y concretando aún más, no se puede olvidar que el núcleo duro de la actual cuestión judicial radica en el ejercicio de una acción interdictal de obra nueva por la parte, ahora recurrente, y en dicho proceso parte demandada. Además hay que resaltar que en el juicio interdictal de obra nueva, aparte de acordarse la suspensión de la obra de forma inaudita parte y sin necesidad de aportar la pretensión ni siquiera prueba ni de información testifical ni documental se puede instar o lograr la paralización de una obra que puede producir importantes perjuicios para el dueño de la obra.

Pero, se vuelve a insistir, en el presente caso la parte, ahora recurrida, planteó una demanda interdictal de obra nueva contra la parte,

ahora recurrente, que se desestimó, y de dicha sentencia y visto todo lo actuado, *no se infiere, como muy bien se infiere de la sentencia recurrida en su factum, en absoluto, que en dicho proceso sumario interdictal se ejerciera una pretensión patentemente temeraria e infundada, ya que la resolución decisoria se basó en unas consideraciones muy técnicas de determinación del componente de la línea quebrada que separa las fincas de ambas partes, “lo que indica que se trata de una cuestión confusa, necesitada de una labor hermenéutica de hechos y normas muy complicada”*. Y aunque dicha demanda interdictal fue también rechazada en la fase de apelación, en la sentencia de segunda instancia se mantuvo la tesis de una pretensión interdictal lógica y no desmesurada, pese a no haber obtenido el éxito judicial. Debiéndose resaltar por último, como también se hace notar en la sentencia recurrida, que en el proceso interdictal no se habló de temeridad de la acción ni siquiera a efecto de las costas procesales.

En resumen y como conclusión, que siguiendo la doctrina jurisprudencial de una aplicación prudente y restringida de la doctrina del abuso del derecho (S. 27-5-88), que colabore a establecer lo más sólidamente posible el principio jurídico esencial de la seguridad jurídica, *y que además precisa una prueba contundente y eficaz del ejercicio de una acción interdictal con una finalidad torticera y dañina*, hace que en el presente caso, y por las razones antedichas, no se pueda hablar de una posible exigencia de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 CC con base a una actuación abusiva del artículo 7.2 de dicho Código, con lo que el éxito de la motivación estudiada, se vuelve a repetir, no puede alcanzar los fines intentados por la parte recurrente».

i) La STS de 2-2-2001 dice en sendos pasajes:

«Este motivo se desestima. No puede pensarse en ejercicio antisocial del derecho y abuso del derecho, que proscribe el artículo 7 del CC ni en acto ilícito que hace nacer la obligación de reparar el daño, que proclama el artículo 1.902 del CC, en el hecho de interponer un interdicto de obra nueva por razón de que se ha empezado a levantar una construcción que ha provocado tales daños en el inmueble de los demandantes interdictales, demandados en la presente instancia y recurridos en casación, que ha precisado un apuntalamiento del edificio y unos daños importantes, objeto de la demanda reconventional, que ha sido estimada en la instancia.

...

Ni la sentencia de instancia ha declarado que los hechos acaecidos sean constitutivos de abuso del derecho, ni, objetivamente, pueden ser tenidos como tales no habiéndose impugnado aquéllos por la vía casa-

cional pertinente. Simplemente, se ejercitó la acción interdictal cuando la obra nueva causó unos alarmantes daños en el edificio (de los demandantes en el interdicto y demandados-demandantes reconconvencionales en esta instancia) y se apeló la sentencia desestimatoria del interdicto (no hubo suspensión de la obra en el trámite de la apelación). Este es el criterio de esta Sala, que resume y se remite a sentencias anteriores, la de 26-10-98 que dice así: La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de decidir controversias análogas a las presentes, *para estimarlas procedentes cuando se acredita una persistencia totalmente injustificada en mantener en suspenso las obras iniciadas*, refiriéndose la S 6-7-90 a un caso en que por cinco veces sucesivas fue ejercitada sin fundamento acción interdictal contra actividades municipales, para la apertura de una vía turística, así como se estimó procedente la aplicación del artículo 1.902 del CC, por razón de justicia conmutativa, *posibilitando la condena a quien ejercitó acciones interdictales basadas en situaciones fácticas de comportamientos demostrados como abusivos al ejercitar la acción con ausencia de normal prudencia* (SS 16-6-78, 23-11-84, 17-3 y 15-12-92, 4-3-96 y 4-12-96). Por contrario, las demandas desestimatorias de los interdictos planteados o como en este caso, decretando su archivo, no generan por sí perjuicios indemnizables, pues supondría consagrar una situación de responsabilidad ex artículo 1.902 como dice la S 5-6-95, al objetivizarse la responsabilidad de dicha norma».

j) STS 31-10-2002. La Audiencia, revocando la sentencia del Juzgado (que había desestimado anteriormente la demanda) dio lugar en parte a la pretensión de la parte actora. Esta reclamaba una indemnización por los daños y perjuicios que le había causado la paralización de obras como consecuencia de la promoción de un interdicto de obra nueva. La acción interdictal había estado dirigida contra la Junta de Compensación y contra el Ayuntamiento de Santander, como consecuencia de la aprobación del Plan Parcial de Ordenación Urbana de un determinado paraje de la capital de Cantabria.

Se da la circunstancia de que la promotora inmobiliaria luego demandante en este juicio había sido requerida para la paralización de sus obras. Pero, dado que no había sido demandada en el juicio interdictal antes citado, tal promotora continuó sus trabajos hasta que fue requerida nuevamente a su paralización a instancia de los interdictantes.

Habiendo insistido dicha promotora en la circunstancia de que ella no era parte en el procedimiento interdictal, el Juzgado dejó sin efecto la suspensión acordada por él en su día.

La parte interdictante (como hemos dicho, demandada en el pleito al que puso fin la sentencia que ahora nos ocupa) alegó ante el Tribunal

Supremo que la Audiencia se había equivocado en el juicio de culpabilidad emitido contra ella, así como en su apreciación en torno a la relación de causalidad entre su actuación (la interdictal, según venimos diciendo) y el daño invocado por el demandante.

La Sala Primera declara al respecto: «El motivo ha de desestimarse, porque toda la argumentación fáctica la realiza el recurrente sobre la base, por cierto discutible, de que la acción interdictal de obra nueva se hacía en el ejercicio legítimo de unos derechos que habían sido desconocidos por los demandados en ese procedimiento sumario, la Junta de Compensación Cierro del Alisal y el Ayuntamiento de Santander, por lo que había existido una *iusta causa litigandi*, y el merecido amparo judicial, en cuanto que en la ordenación de unos terrenos inicialmente se había llevado a cabo sin contar con los ahora recurrentes, a pesar de que una sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa había reconocido el derecho a intervenir como propietarios de unos terrenos comprendidos dentro del Plan Parcial, que no obstante haber pretendido por esa vía jurisdiccional (la contencioso-administrativa) la suspensión de las obras, no obstante haberse modificado ese plan inicial como consecuencia de la impugnación de los acuerdos, en el que se reconoce los derechos de los ahora recurrentes, inicia el procedimiento civil para obtener el mismo acuerdo, impetrado en el procedimiento administrativo.

Pero no radica el *ius decidendi* de la sentencia recurrida en el empleo para el mismo fin de dos procedimientos distintos por parte de los demandados en el juicio de resarcimiento de daños, sino que es, como se pone de manifiesto en la sentencia impugnada, en el hecho de que al socaire de este procedimiento, solicitara reiteradamente, y lo obtuviera del Juzgado, la suspensión de las obras que la sociedad Urcasa estaba realizando en el Polígono, a pesar de conocer que la citada entidad no había sido demandada y no era parte en el procedimiento, ni estaba ligada directa o indirectamente con ninguna de los que lo fueron, circunstancia que fue puesta de manifiesto ante el Juzgado civil por la representación legal de Urcasa, así como también por las demandadas, el Ayuntamiento de Santander y la Junta de Compensación Cierro del Alisal, lo que dio lugar a que de inmediato el Juzgado alzase la suspensión de las obras acordadas.

En esta insistente petición de la paralización de las obras que realizaba, sin haber sido demandada, basa su pretensión indemnizatoria la sociedad que reclama la indemnización, suspensión pretendida con el fin de crear un clima de presión para obtener mayores beneficios en la negociación, con los que fueron los únicos demandados en el procedimiento interdictal, *dando lugar con ello a que el proceso se desvíe de su función natural, lo que supone un ejercicio culpable de los derechos*

procesales, que en este caso no se ha cifrado solamente en el hecho de demandar a la Junta de Compensación o al Ayuntamiento de Santander, en el ejercicio de una acción que fue desestimada, sino en el de haber obtenido torticeramente, en ese proceso, la limitación los derechos de un tercero, que no era parte en el proceso, habiéndose acordado contra él la suspensión de las obras que estaba realizando, por un período de veintiún días, obras que legítimamente realizaba, solicitando al amparo del artículo 1.902 CC la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por ello».

k) SAP Las Palmas de Gran Canaria 24-3-97: «Por su parte, la S. 27-5-88 deja sentado que “con respecto a la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la paralización de las obras que el recurrente reclama, no procede aceptar en el caso presente, tal como aquél pretende, la existencia de abuso del derecho en la actuación de la otra parte, *dado el carácter excepcional de esta institución y la exigencia de que en los supuestos en que se estime la existencia de abuso ha de ser patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad seria y legítima en la conducta del sujeto, al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado (así, entre otras sentencias recientes, las 31-12-85, 5-4 y 9-10-86 y 8-7 y 17-9-87)*. Igualmente, la SAP Asturias 3-6-94 recuerda la doctrina del TS: ‘como ha establecido la S. 15-12-92, recogiendo criterios de otras anteriores del TS, en materia de reclamaciones de indemnización por interdictados contra interdictantes en el interdicto de la obra nueva (SS. 23-11-84, 14-2-86 y 27-5-88), *lo que de verdad interesa a los efectos de la pretensión indemnizatoria ... es si el interdicto se promovió o no dentro de los límites normales del derecho a obtener del órgano jurisdiccional la adopción de la grave medida de suspensión de la obra, establecida en el artículo 1.663 LEC, ya que de haberse sobrepasado manifiestamente aquellos límites, deberá entenderse que es procedente la indemnización ..., con base en el artículo 7.2.º CC, y que para valorar debidamente si hubo o no abuso al promover el interdicto, es necesario referirse a las peculiaridades de este procedimiento y, en particular, al especial rigor implicado en el automatismo de la suspensión de la obra susceptible de causar graves perjuicios al demandado, circunstancia que hace exigible una acentuada ponderación por el interdictante de los fundamentos de la acción que ejercita, para lo cual ha de ponderar: 1.º) entidad de los alegados ataques al derecho del interdictante (bien perturbación o simple amenaza), 2.º) la posibilidad de acceder a otra vía procedimental menos rigurosa, dentro del ámbito administrativo, que sea racionalmente más adecuada para resolver los*

problemas existentes, 3.º) actuación concreta seguida por el interdictante, dentro de la jurisdicción civil, en relación a la ocasión, tiempo y lugar en que fue planteado el interdicto, para determinar si con ello se originaron desproporcionados perjuicios al interdictado que de otra forma no se hubiesen ocasionado, o lo hubieran sido en cuantía más reducida”.

Trasladados estos principios al caso concreto, tenemos los siguientes datos: a) Existe acción antijurídica, pues se deduce un nuevo interdicto por los mismos hechos y personas que el anterior, por más que se redacte la demanda en términos de una aparente mayor amplitud, que no evitó la rotunda aplicación de la excepción de litispendencia. Brilla por su ausencia la *iusta causa litigandi*. b) Sin embargo, consta también que la parte interdictada se resistió durante la orden de paralización judicial, hasta el punto de que hubo de intervenir el Juzgado de Instrucción por delito de desobediencia. Ahora bien, desde el momento en que el 5 de mayo el Juez de guardia delimita la obra a paralizar ya no consta que continuara realizándose, hasta el 31-7-93 en que se archiva el último interdicto. c) En tercer lugar, es cierto que no existe adecuada cuantificación del daño inferido. Un simple certificado bancario afirma que se han devengado unos determinados intereses, en un período de tiempo que va desde febrero a julio, pero no sabemos cuáles son los préstamos de capital a que se refieren tales intereses, y por tanto el grado de afectación de tales capitales a la obra iniciada y luego paralizada. Igualmente, los documentos de la empresa contratista de la obra son meramente unilaterales y no dan fehaciencia pericial a la determinación de los daños por obras de consolidación de la construcción paralizada. Toda esta cuestión tendrá que ser determinada, pues, en ejecución de sentencia. d) No puede pretenderse que la posibilidad de prestar fianza para obtener la continuación de la obra fuera una obligación de la parte interdictada, al constituir un simple derecho de ejercicio discrecional».

1) SAP Zamora 18-9-98: «Para determinar en qué medida se puede imputar alguna responsabilidad al interdictante, el Juez necesariamente tiene que examinar cuál fue su propósito cuando solicitó el auxilio judicial para obtener la suspensión de la obra, lo que no quiere decir que tenga que analizar si procedía o no el interdicto de obra nueva, lo cual ya fue resuelto, lógicamente, en el procedimiento de esa naturaleza. Por ello, partiendo de que el interdictante utilizó un derecho que le corresponde por ley, pues *basta que un particular se crea asistido de un derecho para defenderse de una obra nueva que le puede causar alguna lesión, acudiendo a la vía interdictal, de que el interés que tiene cualquier*

litigante en defenderse debe presumirse dado el contenido del derecho que tiene toda persona a litigar como derecho constitucional —artículo 24.1 CE—, que habilita a cualquier ciudadano revestido de la necesaria legitimación para articular el ejercicio de tal acción, y que cualquier petición ante los tribunales, en principio responde a una causa justa, todo ello en relación a la especial naturaleza de los procesos de tipo cautelar y sumario, carentes de la necesaria contradicción procesal, y teniendo en cuenta que la medida fulminante de la suspensión de la obra puede llevar a que el interdicto sea utilizado con fines que no merezcan la protección jurídica, resulta necesario, salvaguardando aquel principio en cuanto al ejercicio del derecho, armonizarlo con la naturaleza de los fines que se persigan en el momento de actuar mediante acciones a las que la ley ha dotado de instrumentos cautelares de especial significación pero que se pueden utilizar con fines ilícitos.

En el momento de definir la conducta antijurídica específica imputada por el actor a los demandados cuando éstos ejercitaron la acción interdictal deben consignarse en cuanto a la jurisprudencia en materia de tutela resarcitoria, las siguientes conclusiones: a) La condena en costas por mala fe en el procedimiento interdictal no es suficiente para imputar a los interdictantes una responsabilidad civil, pudiendo ser otro el origen o la causa de la condena en costas; b) no sólo hay que estar a la conducta del accionante en el momento en que ejercite la acción interdictal, sino que también puede ser tenida en cuenta su actitud a lo largo del litigio (S. 17-3-84); c) *predomina en la jurisprudencia la responsabilidad subjetiva cuando se trata de daños causados con motivo de una actuación judicial promovida por un particular: es decir, como se mencionó anteriormente, se exige una culpa grave (mala fe, temeridad, comportamiento doloso...), o un comportamiento claramente abusivo o antisocial;* d) *la base legal de la responsabilidad civil por daños causados con motivo de actuaciones judiciales son los artículos 7.2 y 1.902 CC. A veces se recurre sólo al artículo 1.902, otras veces, al artículo 7.2 CC y, en ocasiones, el reclamante basa su acción en ambos preceptos como en el supuesto enjuiciado;* e) *en la S. 15-12-92 el TS parece apuntar que puede haber una responsabilidad cuasi objetiva, cuando expone que es exigible al interdictante una más acentuada ponderación en los fundamentos de la acción que ejercita, aunque, finalmente, tiene en consideración la conducta de los interdictantes;* y f) *la jurisprudencia sigue siendo manifiestamente restrictiva en materia de daños derivados de actuaciones judiciales civiles».*

m) La SAP Valencia 24-9-98 declaró: «Es precisamente el análisis de los citados requisitos el que impone, en primer lugar, el examen de

los presupuestos necesarios para reclamar daños y perjuicios derivados de la paralización de la obra, tras dos sentencias, como en este caso sucede, que rechazan el planteamiento de los demandados en el interdicto de obra nueva previamente promovido por aquéllos; y al respecto cabe decir que *en suma el problema se reduce a determinar cuándo nos encontramos ante un ejercicio del propio derecho y cuándo ante un abuso de derecho* —7.2. CC—, siendo la no muy numerosa jurisprudencia en la materia concorde al aplicar la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit para llegar a la conclusión de que no existe abuso del derecho a litigar cuando sin traspasar los límites de la buena fe se hace valer un derecho que se cree tener ante los tribunales, por mor del derecho reconocido constitucionalmente en el artículo 24 CE, siendo insuficiente la simple condena en costas para resarcir de daños y perjuicios causados en procedimientos judiciales temerarios, al ser aquélla mera sanción de esa actuación en el propio litigio*. En tal sentido, la S. 17-3-84 venía a vincular la reclamación de perjuicios derivados de interdicto en un procedimiento posterior, a la existencia de una “acción gratuita y carente de causa o motivación real sin otra finalidad que la de causar un daño”, refiriéndose la de 23-11-84 a un comportamiento abusivo y la de 14-2-86 a la ausencia de todo beneficio derivado de la paralización, concluyendo la de 4-7-88 y la de 17-3-92, que cita el juez *a quo*, que no resulta procedente concesión de cantidad indemnizatoria porque las obras fueron suspendidas por resolución judicial dictada en el marco de un procedimiento interdictal bien tramitado».

2. SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES

a) STS 5-11-82. D. Abrahám formuló demanda contra D. Augusto, en reclamación de cantidad. Precisamente, como indemnización de daños, por haber embargado preventiva e indebidamente el demandado un vehículo auto-taxi propiedad del actor, privándole del ejercicio de la industria durante casi año y medio.

El Juzgado condenó al demandado a abonar al demandante la cantidad de 399.000 pesetas, como indemnización de los daños y perjuicios referidos. La Audiencia estimó parcialmente el recurso interpuesto por el demandado y le condenó a satisfacer la suma de 220.400 pesetas, por el mismo concepto. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación formulado por el demandado.

La Sala rechaza el motivo basado en la interpretación errónea del artículo 1.902 del Código civil, pues —dice el Tribunal— al haber sido aplicado dicho precepto por la sentencia recurrida no pudo ser vulnerado por la misma. Y se añade que la Audiencia fundamentó la condena

a indemnizar en el párrafo 2.º del artículo 1.413 de la Ley de Enjuiciamiento civil y en el artículo 1.418 de la misma Ley, «normas —dice la Sala— que aunque expresen un mandato dirigido a los tribunales, no impiden que los particulares insten en procedimiento separado la efectividad de los derechos que les correspondan en razón a la reparación de los daños y perjuicios que se les hubieren irrogado, *no derivando la obligación de indemnizar en el supuesto contemplado de la aplicación de la norma legal —artículo 1.902 del Código civil— que supone infringida, sino de la circunstancia de muy distinto origen que presupone injustificado el embargo preventivo, solicitado como medida cautelar para garantizar la efectividad de una pretensión, instada ante los tribunales, que no tuvo éxito*».

b) SAT Bilbao 27-7-84. La entidad demandada, «E», S.A., como propietaria de un buque, concertó con la sociedad extranjera «E.S.B.L.» un contrato de los denominados «fletamento en *time charter*», por virtud del cual, reservándose aquélla la gestión náutica del buque, cedió a ésta por precio y tiempo determinados el uso y utilización del mismo para que lo explotara por su cuenta. «E.S.B.L.», en virtud de la disponibilidad de la gestión comercial del buque adquirida a través de aquel contrato, concertó a su vez con diversas entidades (entre ellas la actora) el transporte por mar de mercancías propiedad de éstas (contrato de fletamento en sentido estricto). Incumplida al parecer por «E.S.B.L.» la obligación por ella asumida en el contrato de fletamento en *time charter*, es decir, la de abonar a «E», S.A. el precio pactado como contraprestación al uso del buque, esta última entidad promovió procedimiento de jurisdicción voluntaria al amparo de la regla undécima del artículo 2.161 de la Ley de Enjuiciamiento civil, a fin de hacer efectivo el precio adeudado mediante el depósito y posterior venta en pública subasta de la mercancía, recayendo en el referido procedimiento las siguientes resoluciones: auto de 25 de mayo de 1979, por lo que el Juzgado acordaba, accediendo a lo solicitado por «E», S.A., requerir al consignatario para que hiciera efectiva la suma reclamada, proceder al depósito de la mercancía en lo que fuera suficiente, caso de no verificarse el pago, y posteriormente proceder a la venta de la misma en pública subasta. Auto del propio Juzgado, de 4 de junio de 1979, en el que a la vista de las alegaciones causadas por las entidades cargadoras se decretaba el alzamiento del depósito de mercancías y se dejaba sin efecto el auto anterior. Auto de la Audiencia Provincial, de 4 de octubre de 1980, por el que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto por «E», S.A., contra el del Juzgado de 4 de junio de 1979, antes citado. Rescindido (sic) por «E», S.A. el contrato de fletamento en

time charter que tenía concertado por «E.S.B.L.», no aceptó llevar a cabo el transporte que los cargadores tenían pactado con esta última en las mismas condiciones en que ellos lo habían hecho, lo que motivó la descarga de las mercancías ya existentes en el buque.

Así las cosas, la actora «T.», S.A., entabló demanda contra «E.», S.A. por dos conceptos: reclamación de daños y perjuicios, por los causados por el acto (que la demandante calificaba de negligente) de haber promovido la demandada un expediente de jurisdicción voluntaria para obtener el depósito de unas mercancías al que carecía de todo derecho, a cuyos efectos se invocaban los gastos de aval bancario, honorarios de Letrado, derechos de Procurador y costas judiciales devengadas en el citado expediente; y otra acción de indemnización de daños y perjuicios, por no haber llevado a cabo la demanda el transporte que la actora tenía concertado con «E.S.B.L.».

El Juzgado estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia por la demandada, la Audiencia de Bilbao, en la resolución del epígrafe, la revocó al amparo de los siguientes argumentos:

a) Rigiéndose la imposición de costas en nuestro Derecho procesal civil, como norma también aplicable en los expedientes de jurisdicción voluntaria, por el criterio subjetivo de la temeridad o mala fe, es decir, por el criterio de la apreciación o no de culpa o dolo en la actuación de quien promueve la actuación jurisdiccional o de quien dentro de ésta se opone a la pretensión deducida, claro es que si el órgano judicial que conoció del expediente en que aquéllas se causaron no hizo especial imposición de las mismas, lógicamente en razón a no apreciar temeridad ni mala fe, culpa ni dolo en definitiva, no le ha de ser dable a un órgano judicial distinto, fuera de los cauces que la ley establece, revisar tal criterio, lo que ocurriría si con fundamento en el artículo 1.902 del Código civil se diera ahora lugar al resarcimiento de aquellos gastos. b) Si bien es cierto que con la acción que ahora se enjuicia se pretende el resarcimiento también de determinados perjuicios no cobijables en el estricto concepto de costas, no lo es menos que el fundamento de la condena a tal resarcimiento consiste en promover el expediente de jurisdicción voluntaria a que se hizo mención o en recurrir en apelación contra el auto que el Juzgado dictó el 4 de junio de 1979, es decir, en apreciación de aquello que precisamente debe entenderse descartado por el órgano judicial a quien específicamente correspondió enjuiciar tales actuaciones. c) Y a igual pronunciamiento desestimatorio conduce en último término la doctrina jurisprudencial recogida, como compendio de toda ella, en la sentencia de 28 de noviembre de 1967, en la que, en supuesto de innegable similitud con el presente, pues en él se demandaba el resarcimiento de los perjuicios derivados de la paralización

de unas obras por la interposición de una demanda interdictal, denegó la pretensión afirmando inexistente el ejercicio abusivo de un derecho cuando se pone en marcha el mecanismo judicial para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima *qui iure suo utitur ...*, salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiere declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de *iusta causa litigandi*.

3. EJERCICIO DE ACCIONES PENALES

a) La STS 14-7-89 se basaba, según sus propias palabras, en este antecedente: «Ejercitada la acción de reclamación de daños y perjuicios causados por la presentación de una querrela criminal y por sus efectos públicos derivados de las informaciones de prensa, todo al amparo del artículo 1.902, único precepto invocado como fundamento jurídico de la acción, el Tribunal de instancia desestimó la demanda y basa su desestimación en el carácter de hombre público del demandante, quien en su calidad de Alcalde debe de soportar las críticas públicas a su actuación y en los preceptos constitucionales que consagran la libertad de emisión del pensamiento y de la información».

La Sala declaró: «*Que los ciudadanos impetren la tutela jurisdiccional, con abuso de derecho o fraude procesal, puede ser acto generador de responsabilidades, pero tales casos no se dan en los hechos de autos*, en los que los demandados vencieron en vía contencioso-administrativa y su denuncia penal y luego querrela, ni fue rechazada a *a limine litis*, como pudo rechazar el órgano judicial haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, ni fue declarada denuncia falsa, ni siquiera la querrela sobreseída fue calificada de temeraria ni determinó resolución alguna imponiendo a los hoy demandados las costas (artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Falta pues el requisito de acción u omisión culposa».

Dicho sea de paso, poco después la sentencia se planteó la cuestión relativa a la publicidad que habían alcanzado esas actuaciones judiciales de los demandados, extremo en el que la Sala razonó de la forma siguiente:

«... y aun admitiendo que las actuaciones y su trascendencia social e informativa pudieran afectar al concepto fama o crédito del hoy recurrente entre alguna parte de sus convecinos, lo que no se ha demostrado es que las informaciones fueran hechas por los demandados. Los documentos de autos revelan más bien que fue la prensa local la que en ejercicio de su libertad de información dio cuenta de las vicisitudes

procesales y hasta las valoró socialmente. No hay pues conexión entre la actuación jurídica de los demandados y los efectos de una publicidad ajena a la conducta de éstos».

b) La STS 31-1-92 recayó en un caso cuyo resumen es éste, en palabras de la propia sentencia:

«A) El hoy recurrido, que fue concejal del Ayuntamiento de Quirós, en manifestaciones al periódico “Nueva España” de Oviedo imputó a los hoy recurrentes, Alcalde, Concejal y Secretario del mismo Ayuntamiento, “falsedades en certificaciones de obra y defectuosa construcción de éstas con empleo de materiales de coste menor a los presupuestados, así como la subida irregular del sueldo del Secretario de la Corporación municipal”. B) Los señalados en las manifestaciones presentaron querrela criminal por injuria contra el autor de las mismas, de la que desistieron al practicarse prueba demostrativa de la veracidad de las imputaciones y aportarse un informe del Consejero de Interior y Administración Territorial del Principado de Asturias. C) La presentación de la querrela y el rumor público que se difundió por el Consejo de Quirós de que podría ir a la cárcel y arruinarse el querrellado sumió a éste en una crisis nervioso-depresiva, mostrándose huidizo y sin la sociabilidad que le caracterizaba».

La Audiencia estimó la demanda del autor de las declaraciones periodísticas, que alegaba el daño moral que la había ocasionado la querrela, luego desistida por los querellantes. Demandó, por tanto, al amparo de la falta de fundamento de la querrela, que no obstante decía haberle causado graves perjuicios morales.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de los demandados, diciendo: «*El proceso en sí es ejercicio de un derecho constitucional a la tutela efectiva, que si no siempre ha de producir el éxito de la acción, no permite en modo alguno extraer y generalizar que el fracaso o el abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio.*

La mera posibilidad jurídica de admitir un proceso tendente a obtener la reparación de los daños causados por otro proceso está admitida en la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 11, en el Código civil, artículos 7.1 y 2, cuando exigen respetar en los procesos la buena fe y proscriben las actuaciones procesales constitutivas de abuso de derecho o fraude procesal. También lo admite la jurisprudencia (STS 23-10-84). Pero la calificación de actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal supuestamente abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones, así como con estricto estudio de las resoluciones judiciales cuyo contenido

puede ser esclarecedor. Y en el caso de autos ningún dato abona la afirmación de que la querella fuere tan gratuita e injustificada que mereciera el calificativo de abusiva.

Por todo ello, debe casarse la sentencia, sin que sea preciso analizar si hubo o no relación de causa a efecto entre la presentación de la querella y el estado psíquico producido en el querellado».

c) La STS 4-12-97 proclama una interesante doctrina sobre lo que nos ocupa, diciendo:«... lo cual es por completo improcedente, ya que, como se razona por los Tribunales de instancia, el derecho de toda persona o ente para ejercitar como crea conveniente la tutela de sus intereses en los supuestos como el de autos, en donde, en concreto, se articula una acción criminal por la Asociación a la que pertenecía como Vicepresidente el propio actor, por presuntos delitos, y con independencia de que se sobreseyesen las actuaciones sumariales (lo cual, hasta puede estar compensado porque también lo fue la subsiguiente acción, ejercitada en su propia defensa por el demandante, al interponer una querella por injurias, que asimismo fue sobreseída), y porque, en definitiva, ese ejercicio, para el que está hasta legitimada cualquier persona, en caso alguno puede suponer la intromisión pretendida por el demandante, sobre todo por cuanto en ningún aspecto puede considerarse, como el mismo motivo califica sin base alguna en su apartado B), que aquella querella de los demandados fue temeraria, debiendo sin más reproducirse cuanto, en un caso análogo, se resolvió, en S. de esta Sala de fecha 23-1-97, en donde se afirmaba: “... *no cabe hablar nunca de una conducta deletérea causa de esa intromisión, cuando ello obedece a la actuación en defensa de los intereses de que es titular una persona que se considera así ofendida, y, por ende, elige la vía legítima de la denuncia o querella de tales hechos que considera delictivos, y sobre todo, como en el caso de autos, cuando efectivamente dicha querella provoca la admisión y tramitación de una serie de actuaciones que se derivan de los hechos probados no cuestionados*” ... en definitiva, se reitera, no es posible deducir de esa conducta legítima —lícita conforme al ordenamiento—, defenderse frente a unos supuestos hechos delictivos, la citada intromisión, ni tampoco la posible publicidad de la querella puede abocar en la existencia de la referida intromisión que se denuncia en el motivo ...»

d) También se rechaza la existencia de culpa en la STS 2-6-99, que dice:

«La sentencia recurrida confirmó la de primera instancia, desestimando la demanda interpuesta en reclamación de daños y perjuicios

que, dice el recurrente, se le causaron como consecuencia de querrela criminal que tuvo que soportar como querrellado, interpuesta por el presidente de una comunidad de propietarios que le creyó autor de un delito de apropiación indebida.

La Audiencia entendió absolutamente correctas las actuaciones de los copropietarios, así como su licitud, honestidad y rectitud, todo ello tras valorar las pruebas, entre ellas el contenido de las actas de la junta de propietarios, así como la conducta del administrador.

Contra la sentencia se formula un solo motivo que no respeta los formalismos de la casación, pues se apoya en la infracción del artículo 1.902 CC. que dice debió aplicarse para estimar su demanda, puesto que existe en la actualidad una tendencia objetivadora de la responsabilidad y que debió acudir la Audiencia a la presunción legal de culpa basada en el riesgo creado (debe referirse al riesgo asumido por los copropietarios al presentar la querrela criminal) y al principio de inversión de la carga de la prueba con base en el artículo 1.124 (sic) del CC.

Mezcla con ello el artículo 1.104 en el que se apoya para afirmar que para querrellarse debieron los querellantes obrar con la prudencia que exige la naturaleza de la obligación (sic), y sigue invocando en el motivo el tenor del artículo 1.253 CC, sin que se adivine con qué finalidad. Concluye recordando el informe del Ministerio Fiscal en la vía penal que pidió su absolución por aplicación de la figura de delito imposible y citando sentencias de esta Sala que aluden a la previsibilidad del resultado para exigir responsabilidad civil.

En fin, mezcla heterogénea de cuestiones y de preceptos, vedada en casación, y ninguna tendente a demostrar la existencia de los requisitos exigidos por el artículo 1.902 para que prospere una acción a su amparo».

e) La sentencia 12-12-2000 declara: «En el caso de autos, inexistente tal voluntarismo culposo por parte de la conducta de la demandada, ya que, habida cuenta el objetivo de defensa del colectivo demandado —al que luego se hace referencia— por el mismo, como se ha hecho constar se limitó a denunciar unos hechos (lo que obvio es, nunca puede ser censurable, salvo se considere que la denuncia es temeraria), determinantes de una supuesta infracción por parte de la luego actora, esto es, la comercialización de vídeos importados ilegalmente en España de países no pertenecientes a la CEE, por entender que dicha conducta pudiera ser tipificada en el artículo 534 bis a párrafo 2.º CP en relación con el artículo 109.2 Ley Propiedad Intelectual, y que a resultas de ello, se producen las distintas actuaciones ya judiciales...»

f) SAP Palencia 9-12-97: «En definitiva, la denuncia en cuestión no se ajustaba a la realidad y ha sido la causa desencadenante de una serie de actuaciones policiales y judiciales que ciertamente han ocasionado un perjuicio denunciando al hoy apelante, mas no se aprecia una actuación abusiva o negligente del denunciante que le haga merecedor de responsabilidad civil por ello, pues se limitó a poner en conocimiento de la autoridad competente el hecho para su esclarecimiento, padeciendo ciertamente un error en la imputación, mas sin solicitar la adopción de medida cautelar alguna ni retrasar la sustanciación de la causa, interesando simplemente la práctica de una diligencia imprescindible para su correcta resolución y que de haber sido inicialmente acordada hubiera obviado todo lo acaecido a posteriori. Vamos por tanto a rechazar el recurso y a confirmar el criterio del juzgador de instancia que absuelve al demandado».

4. FORMULACIÓN DE JUICIO EJECUTIVO

a) En la STS 20-12-91 se declaró que la promoción de dos juicios ejecutivos (por parte de un banco) no es actuación dolosa determinante de daños, aunque uno de los juicios fuera declarado nulo por haberse tenido como vencido el crédito un mes antes de lo pactado.

Por tanto, se rechaza que el ejercicio de acciones judiciales civiles sea constitutivo de ilícito civil o, dicho de otro modo, causa de responsabilidad.

Hay que tener en cuenta que el demandante (que invocaba los daños causados por el banco demandado) apoyó su reclamación no en las normas sobre responsabilidad extracontractual, sino en preceptos del Código civil sobre la contractual (en concreto, sus artículos 1.101 y 1.102). No obstante, visto el razonamiento del Tribunal Supremo, es claro que también habría fracasado una demanda amparada en los artículos 1.902 y siguientes del Código.

b) La STS 20-5-98 estimó que concurrían los requisitos para aceptar la existencia de culpa. Declaró al respecto:

«Partiendo de los conceptos anteriores, la entidad Banca Catalana, S.A. interpone demanda ejecutiva, en base a unos avales, que la sentencia (firme, de la Audiencia) considera ineficaces (aunque no procede entrar en el fondo del juicio ejecutivo, sí se declaró que les faltaba una esencial ratificación de una entidad y se había incumplido el artículo 1.435 LEC) y declara la nulidad del juicio; da lugar a unos embargos, que producen graves daños, por sí mismos y por la larga duración del proceso.

Hay que partir del principio de que el embargo se solicita y obtiene —si reúne los requisitos legales— de cuenta y riesgo del embargante. No puede ampararse éste en normas generales que le permiten en abstracto el embargo. En este motivo de casación se analiza la llamada responsabilidad extracontractual; no se plantea (se hace en el motivo siguiente) el abuso del derecho o fraude procesal, a que se refiere la S. 31-7-96 que advierte, certeramente, el exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones (sentencia citada por la entidad recurrida).

El hecho cierto es que “Banca Catalana, S.A.”, promovió juicio ejecutivo contra varios demandados de distintas poblaciones, el proceso se dilató largos años acabando en sentencia declarando la nulidad del juicio y el embargo trabado produjo daños a los demandantes, recurrentes en casación. De estos hechos se deduce la culpa o negligencia de aquella entidad.

En consecuencia, concurren los presupuestos o elementos de la llamada responsabilidad extracontractual. La entidad Banca Catalana, S.A. ejecutó la acción, produjo un daño, con nexo causal y se aprecia negligencia o culpabilidad. Por tanto, se acoge este primer motivo de casación, sin que sea ya preciso entrar en los demás y, aplicando lo que dispone el artículo 1.715.1.3.º LEC, resolver lo que corresponde dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

Procede estimar la demanda y aceptar la valoración de los daños materiales y morales que ha hecho la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que se estima correcta y esta Sala hace suya. En cuanto a las costas, se mantiene la condena en costas acordada en primera instancia, sin imposición en la segunda instancia ni en este recurso».

c) Igualmente, en la STS 10-6-2000, que dice: «*La actuación del Banco no se presenta como promotora de una demanda que responda a un hacer doloso, con manifiesta negligencia o con abuso del derecho, ya que se trataba de póliza vencida y deuda ejecutiva, pues los recurrentes no habían satisfecho el crédito que se les reclamaba, atendiendo a las premisas fácticas que se dejan dichas, las que no ponen de manifiesto concurrencia de circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) o subjetivas (voluntad de perjudicar), ni tampoco se da ausencia de interés legítimo, con lo que la concurrencia de justa causa litigandi se presentaba de principio suficiente, y actúa excluyendo situación abusiva, al apoyarse la demanda en una relación subsistente, pues la póliza no había quedado anulada por completo por la escritura de 11-7-88 (SS. 26-4-76, 17-3-84, 5-4 y 25-6-86), y el Banco acudió al proceso ejecutivo que la póliza le autorizaba (SS 16-12-87, 12-12-88 y 2-11-90)*».

5. SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE QUIEBRA

a) La STS 17-6-2000 mantuvo la condena de los demandados. Dijo: «Partiendo de los hechos que han resultado probados, esta Sala ha de compartir la calificación como culposa o negligente de la conducta imputada a los recurrentes al solicitar la declaración de quiebra voluntaria basándose en un balance de la sociedad, realizado por ellos o a su instancia, sin ninguna garantía de que reflejase la verdadera situación de la sociedad, incluyendo en él créditos inexistentes, no sólo los figurados a nombre del fallecido administrador de la sociedad y de la Sra. C., sino de otros que posteriormente no figuran en el informe de graduación de créditos, lo que dio lugar a esa aparente situación de desbalance que propició la declaración de quiebra voluntaria, seguida del cierre de la empresa por los actores que inmediatamente solicitaron de la autoridad laboral la extinción de los contratos laborales concertados con los aquí recurridos».

b) A diferente desenlace se llegó, sin embargo, en la STS 19-2-2002.

Los demandantes habían sido declarados en quiebra a instancias de la demandada.

Los actores formularon reclamación de indemnización del perjuicio de índole moral que decían haber sufrido como consecuencia de la mentada declaración de quiebra. El Juzgado había desestimado esta pretensión, mientras que la Audiencia la acogió, concediendo una indemnización de 5.000.000 de pesetas para cada uno de los comerciantes en cuestión.

Interpuesto recurso de casación por la demandada, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, manteniendo la sentencia de primera instancia¹⁰.

Interesan los siguientes pasajes de la resolución de la Sala Primera:

«En S 3-10-1901 se establece que es indispensable haber obtenido la revocación de la declaración de quiebra para poder ejercitar la ac-

¹⁰ Debe tenerse en cuenta que el artículo 865 del Código de comercio español es uno de los pocos preceptos en nuestro ordenamiento jurídico que determina las consecuencias de una acción judicial *improcedente*. Dispone que «*el comerciante que obtuviere la revocación de la declaración de quiebra solicitada por sus acreedores, podrá ejercitar contra éstos la acción de daños y perjuicios, si hubieren procedido con malicia, falsedad o injusticia manifiesta*». En este caso, por tanto, el Tribunal sólo se veía en la necesidad de interpretar esos conceptos de «malicia, falsedad o injusticia manifiesta», nociones que, por otra parte, encuentran fácil encaje en el problema que, con carácter general, nos ha ocupado en este trabajo. No resulta difícil afirmar que esos tres conceptos son patente expresión de lo que *no constituye buena fe*.

ción indemnizatoria que concede el artículo 885 del Código de Comercio contra los acreedores que hubiesen solicitado aquélla con malicia, falsedad o injusticia manifiestas, circunstancias éstas que, según han dispuesto las SS 17-10-33, 24-2-34 y 12-11-85, han de ser probadas por el quebrado en cuanto que son presupuesto de la pretensión por la que se acciona, además de tener que probar los perjuicios cuya reparación reclame, todo ello en perfecta correspondencia con lo prevenido en el artículo 1.214 del Código civil.

La sentencia recurrida —resumiendo en el término “malicia” aquellas previsiones legales que abren la posibilidad de instar procesalmente la reparación del daño que se pruebe causado— empieza por señalar que la sentencia que acogió la oposición a la declaración de quiebra indica, en el primero de sus fundamentos de Derecho, que la aquí demandada actuó “con dolosa intención de iniciar el actual expediente de quiebra” —explica más allá el juzgador al consignar “que dicha entidad carecía de crédito alguno dimanante de las relaciones comerciales que le eran propias con la entidad Petoseed Ibérica, S.A.”, “parece claro deducir que las letras adquiridas lo fueron con la dolosa intención de iniciar el actual expediente de quiebra”— para afirmar que fundamento y fallo fueron confirmados en apelación, destacando la sentencia que se recurre que la malicia de la solicitante de la declaración de quiebra surge de apoyarse, como ya argumentó la sentencia estimatoria de la oposición a la declaración de quiebra, en “títulos de otros o propios pero sometidos a debate judicial en ese momento, haciendo acogible ese hacer procesal en las previsiones legales citadas y establecerlo, sin necesidad, ante esa realidad judicialmente estimada, de acudir a presunción alguna para desestimar el motivo de recurso”».

LA ADMINISTRACION CONCURSAL

Fernando Gómez Martín
Profesor Asociado de Derecho concursal
Universidad de Deusto

La nueva Ley concursal¹, que entrará en vigor el 1 de septiembre de 2004, dedica especial atención al órgano de representación y administración del concurso, al que atribuye relevantes funciones en este nuevo juicio universal, llamado a sustituir a los vigentes de quita y espera, concurso de acreedores, suspensión de pagos y quiebra.

1. Introducción

Trataré de acotar los diversos actos que integran el instituto de la administración patrimonial, cuya expresión, acuñada por el lenguaje económico, alcanza a la gestión de bienes propios o ajenos. Sobre la naturaleza jurídica del administrador judicial, el profesor Carreras² considera que se identifica con el origen de su poder o potestad, como función delegada por el juez de la ejecución, luego debe ser de idéntica naturaleza, ya que nadie puede delegar sino lo que tiene, en la misma calidad en que lo tiene, y se muestra en desacuerdo, por tanto, con algún sector de la doctrina que concibe al administrador judicial como representante del ejecutante o del ejecutado.

1.1. *Administración judicial*

1.1.1. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ANTERIOR

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 dedicaba a la administración judicial los siguientes preceptos:

¹ Aprobado por el Congreso de los Diputados, en sesión del 19.06.2003, y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Diario de Sesiones*, núm. 261. BOE 10.07.2003.

² CARRERAS LLANSANA, Jorge, *El embargo de bienes*, Barcelona, José M.^a Bosch, 1957, págs. 490-495.

- Arts. 959, 966 y 976, sobre la prevención del abintestato.
- Arts. 1005 a 1035, que regulan la administración de los bienes en el juicio de abintestato.
- Arts. 1068 y 1069, 1095 a 1100, para la administración del caudal en el juicio voluntario y necesario de testamentaría.
- Art. 1124, sobre administración en el juicio universal de adjudicación de bienes testamentarios.
- Art. 1450, relativo a la administración judicial, cuando se embargasen frutos y rentas en el juicio ejecutivo.
- Arts. 1505 y 1521 a 1530, sobre administración de fincas embargadas en procedimiento de apremio.

1.1.2. CÓDIGO DE COMERCIO

El art. 132 del Código de Comercio dispone el nombramiento de un coadministrador, y el procedimiento se establece en los arts. 2162 a 2165 de la anterior LEC³.

1.1.3. CÓDIGO CIVIL

El Código Civil, en el art. 164, como excepción a la administración paterna de los bienes de los hijos menores no emancipados, previene la posibilidad de que sea designado un administrador judicial⁴. El art. 184, sobre administración de bienes del ausente. El artículo 494, relativo a la administración de bienes, si el usufructuario no presta fianza.

1.1.4. LEY HIPOTECARIA

El art. 117 del Texto Refundido Ley Hipotecaria de 1946 previene la administración judicial de fincas hipotecadas.

1.1.5. DECRETO MATEA

El Decreto-Ley 18/1969⁵, de 20 de octubre, regulaba la administración judicial de empresas embargadas.

³ GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido, *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, 3.^a ed. Pamplona, Aranzadi, 1997, págs. 1569, 1570 y 1573.

⁴ GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido, *op. cit.*, pág. 769.

⁵ Derogado, por la Disposición derogatoria única 2.17.º de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

1.1.6. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL VIGENTE

La LEC 1/2000, de 7 de enero, trata de la administración judicial, en los siguientes preceptos:

- a) Podrá constituirse una administración judicial cuando se embargue alguna empresa o grupo de empresas, o cuando se embargaren acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación (art. 630.1) Esta nueva regulación (arts. 630 a 636) sustituye al citado Decreto-Ley 18/1969, de 20 de octubre.
- b) Podrá constituirse una administración judicial para la garantía del embargo de frutos y rentas, en los casos previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 622 (art. 630.2), es decir, cuando la naturaleza de los bienes y derechos productivos, la importancia de los intereses, las rentas o los frutos embargados o las circunstancias en que se encuentre el ejecutado razonablemente lo aconsejen, así como cuando se comprobare que la entidad pagadora o perceptora o, en su caso, el mismo ejecutado, no cumplen la orden de retención o ingreso de los frutos y rentas.
- c) De la administración para pago (arts. 676 a 680). En cualquier momento, podrá el ejecutante pedir al tribunal que se le entreguen en administración todos o parte de los bienes embargados para aplicar sus rendimientos al pago del principal, intereses y costas de la ejecución.
- d) Al igual que los arts. 131 de la Ley Hipotecaria y 84 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, ambos derogados, el art. 690 de la citada LEC regula la administración de fincas y bienes hipotecados.
- e) De la administración del caudal hereditario (arts. 795 a 805). Hecho el inventario, determinará el tribunal, por medio de auto, lo que según las circunstancias corresponda sobre la administración del caudal, su custodia y conservación. Se nombrará administrador al viudo o viuda y, en su defecto, al heredero o legatario de parte alcuota que tuviere mayor parte en la herencia. A falta de éstos, o si no tuviere, a juicio del tribunal, la capacidad necesaria para desempeñar el cargo, podrá el tribunal nombrar administrador a cualquiera de los herederos o legatarios de parte alcuota, si los hubiere, o a un tercero.
- f) Liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 a 811). La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscita-

das, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes (art. 809).

1.2. *Intervención judicial*

Se contempla el nombramiento de un interventor por el juez, en las siguientes disposiciones:

1.2.1. LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA

Interventor de bienes hipotecados, ex art. 12 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.

1.2.2. SOCIEDADES DISUELTAS

Interventor en disolución-liquidación de sociedades anónimas, ex arts. 266 a 270 del Texto Refundido de la LSA, e interventor en disolución-liquidación de las cooperativas, ex art. 72 de la Ley 27/1999, de 16 de julio.

1.2.3. EMPRESAS EMBARGADAS

Interventor de la administración judicial de una empresa o grupo de ellas (art. 631.2 de la LEC).

1.3. *Intervención o administración judicial*

1.3.1. MEDIDAS CAUTELARES

El art. 727 de la nueva LEC dispone: «... *podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: ... 2.ª La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiese recaer. ... 8.ª La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda...».*

1.3.2. PROCEDIMIENTO LABORAL

Interventor o administrador judicial, en el procedimiento laboral de ejecución, cuando por la naturaleza de los bienes o derechos embargados fuera preciso, según el art. 254 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

1.4. *Administración o intervención concursal*

1.4.1. ADMINISTRACIÓN

La anterior LEC, vigente el Título XII del Libro II⁶, dedica, entre otros, los siguientes preceptos:

- Art. 1173, sobre nombramiento de depositario en el concurso de acreedores (depositario-administrador ex art. 1179).
- Art. 1218, relativo a la administración de los bienes del concurso de acreedores por los síndicos.
- Art. 1333, que se remite al 1044 del primer Código de Comercio, sobre nombramiento de depositario en la quiebra (administración interina ex art. 1046.5).
- Art. 1355, en relación con el nombramiento de síndicos, a los que se encomienda la administración y representación de la quiebra, según se deduce de los arts. 1362 (estados de administración) y 1073 del primer Código de Comercio (atribuciones).

1.4.2. INTERVENCIÓN

Ley de Suspensión de Pagos de 1922: Art. 4. Nombramiento de interventores; Art. 5. Atribuciones; Art. 6. Intervención de las operaciones del suspenso; Art. 7. Retribución; Art. 8. Dictamen; Art. 12. Lista definitiva acreedores; Arts. 13, 14 y 15. Junta de acreedores sobre convenio; Arts. 18 y 19. Convenio mediante trámite escrito; Art. 20. Calificación de la insolvencia definitiva; Art. 21. Acciones revocatorias concursales en insolvencia definitiva (reintegración).

1.4.3. MEDIDAS CAUTELARES, EX ART. 877 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

En el caso de fuga u ocultación de un comerciante, pueden los jueces proceder de oficio a la ocupación de los establecimientos del fu-

⁶ Disposición derogatoria única, 1-1.ª de la citada Ley 1/2000, de 7 de enero.

gado (escritorios, almacenes o dependencias), y prescribir las medidas que exija su conservación, entre las que cabe el nombramiento de un administrador judicial.

2. Anteproyecto de Ley concursal

2.1. Antecedentes

El Anteproyecto de 7.09.2001, redactado por el Ministerio de Justicia, sobre el Borrador de la Comisión General de Codificación, concluso en mayo 2000, y al que se acompaña la memoria justificativa correspondiente, ha sido objeto de varios informes, de los que he espijado algunas de sus menciones sobre la administración judicial.

2.1.1. MEMORIA

En la memoria justificativa del Ministerio de Justicia, que se acompaña al citado Anteproyecto de Ley concursal, se destaca que la configuración del órgano de administración y representación del concurso es determinante para la eficiencia del proceso y para incrementar el grado de satisfacción de los acreedores, así como la conservación del patrimonio del deudor, sin excesivo consumo de recursos.

2.1.2. INFORMES INSTITUCIONALES

El dictamen del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 6 de noviembre de 2001, presenta las siguientes consideraciones generales: Una de las cuestiones que presenta mayor interés en el nuevo Anteproyecto de Ley concursal es la relativa a la administración judicial del concurso, que ha optado por un sistema peculiar: al lado de un acreedor ordinario, son llamados a la sindicatura dos profesionales, uno jurídico y otro económico o contable. En realidad, se trata de un sistema que, si se exceptúa la presencia del acreedor, puede definirse como de síndicos profesionales no profesionalizados. Sobre dichos presupuestos generales, y aunque tal vez el Anteproyecto podría haber optado por un modelo de profesionales expertos en la tramitación de crisis, el acogido finalmente por el texto normativo puede considerarse aceptable. En cuanto a la terminología que se utiliza en el Anteproyecto, para referirse al órgano de intervención o de sustitución del deudor al frente del patrimonio concursal, quizás pudiera considerarse la sustitución del término administración judicial, y ello principalmente por dos razones. En primer lugar, porque los administradores judiciales nombrados en

un concurso de acreedores no siempre administran, sino que, en muchas ocasiones, se limitan a intervenir las operaciones del deudor (arts. 20.1 y 21, en relación con art. 39). Es más, la regla es que, en todo concurso voluntario, el deudor conserve las facultades de administración y disposición sobre el propio patrimonio, actuando los llamados administradores judiciales como simples interventores. En segundo lugar, porque las personas que entren en relación con esos «administradores judiciales» no pueden conocer, por la simple denominación de éstos, si han sustituido al deudor al frente del patrimonio o si, por el contrario, se limitan a completar la capacidad de dicho deudor común. En virtud de ello se podría estudiar la sustitución de la denominación de «administradores judiciales» por las de «interventores» o «síndicos», según exista «intervención» o «suspensión». Dicho dictamen del Consejo General del Poder Judicial formula las siguientes observaciones: La participación en la administración judicial de un abogado y de un auditor de cuentas, economista o titular mercantil colegiado, con la experiencia profesional prevista en el Anteproyecto, persigue asegurar la aptitud técnica de la administración. Dicha colegiación debiera disponerse de forma excepcional por el juez, en atención a la entidad del concurso, optándose preferentemente por el administrador único. Pero, precisamente en garantía de dicho objetivo, tal vez fuera oportuno que, además del ejercicio de la profesión durante un cierto tiempo, como exige el Anteproyecto, los profesionales que vayan a formar parte de la administración judicial se encuentren «habilitados» por los correspondientes Colegios Profesionales o, quizá mejor, por órganos supracolegiales de ámbito estatal, habilitación que se otorgaría a quienes acreditaran específicos conocimientos en material concursal. Además, y por lo que se refiere al segundo administrador judicial, podría establecerse la preferencia en la designación de los auditores inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas (ROAC), que se lleva en el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC). En todo caso, el Anteproyecto no especifica los criterios que deban seguirse para la concreta designación de los administradores no acreedores, de entre aquellos que cumplan con los presupuestos exigidos legalmente. Para completar la referida omisión, el Anteproyecto podría remitirse expresamente al procedimiento establecido en el art. 341.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil para la designación de peritos. El precepto merece especial consideración en el particular que prohíbe formar parte de la administración judicial a aquellos profesionales que hubiesen sido designados para el cargo de administrador por el mismo juzgado en dos concursos dentro de los dos años anteriores. Con esta prohibición, el Anteproyecto trata de evitar la existencia de auténticos «profesionales de la insolven-

cia», y desde dicha perspectiva debe ser valorado positivamente. Ello no obstante, la citada prohibición puede plantear el problema de que los «pequeños concursos» o los concursos sin masa activa no cuenten con profesionales dispuestos a aceptar el cargo de administrador, ya que estos procedimientos judiciales también computan en el límite máximo. Sería, por ello, oportuno introducir alguna corrección en la norma que facilitara, en tales circunstancias, la búsqueda por el juez de un profesional dispuesto a aceptar la administración. El texto normativo sometido a informe advierte, en su artículo 30.1, que al aceptar el cargo de administrador judicial, el abogado, el auditor, el economista o titular mercantil designados deberán señalar un despacho u oficina en la localidad donde radique el juzgado, previsión que ha de considerarse muy acertada, en cuanto facilitará las comunicaciones entre el órgano judicial y los administradores. Como contraprestación al ejercicio de sus funciones, los administradores judiciales tendrán derecho a una retribución con cargo a la masa. El artículo 33 del Anteproyecto remite a un arancel reglamentario para la fijación de esta retribución, que atenderá a la cuantía del activo y a la complejidad del concurso, y será señalada por el juez, previo informe de la administración judicial. El concurso de acreedores debe ser un procedimiento en el que el coste económico se reduzca sustancialmente, y desde dicha perspectiva la fijación de la retribución de los administradores sobre la base de un arancel merece un juicio muy favorable, por cuanto, de acuerdo con los criterios que se establezcan, los Jueces y Magistrados podrán determinar concretamente la retribución de los administradores judiciales. En cualquier caso, la norma reglamentaria que regule el arancel deberá extenderse pormenorizadamente a todas aquellas cuestiones atinentes a la percepción de los honorarios, a fin de garantizar la máxima transparencia de la retribución de los administradores. En esta misma línea, podría considerarse que el órgano judicial, antes de fijar el importe de la retribución y después de recibir el informe de la administración, pudiera recabar el parecer de los Colegios Profesionales. Para garantizar el mejor y más profesional ejercicio de la administración, el artículo 34 podrá prever expresamente que, por imperativo legal o a instancia del juez, determinadas funciones se atribuyeran directamente a un administrador judicial concreto, y no al órgano en cuanto a tal. Así, la presidencia de la junta de acreedores o la graduación de los créditos podrían ser funciones específicas del administrador judicial jurista, mientras que la relación del inventario y la confección de la relación de acreedores serían más bien funciones del administrador judicial auditor.

El informe del Consejo General de la Abogacía Española, de fecha 14 de noviembre de 2001, considera acertada la significativa función

atribuida a los abogados en el art. 26, pero sugiere que no estaría de más que el juez tuviera en cuenta los informes colegiales, que acrediten la experiencia del candidato en temas concursales, y advierte sobre concursos sin masa activa y la conveniencia de establecer un fondo que posibilite la percepción de sus emolumentos.

El informe del Colegio de Abogados de Madrid, de fecha 22 de octubre de 2001, valora muy positivamente que se exija el nombramiento de un abogado, pero considera oportuno que se encuentren habilitados en materia concursal.

El Consejo Superior de Cámaras de Comercio de Comercio, de 25 de enero de 2002, también es partidario de que el acreedor se encuentre habilitado, es decir, que acredite experiencia en materia concursal (formación).

El Consejo Económico y Social, en su informe de fecha 7 de noviembre de 2001, estima que la administración judicial debiera contar con la participación de un profesional cualificado en la gestión empresarial, para evaluar el plan de viabilidad, y aconseja introducir la figura de un asesor experto o que alguno de los tres administradores posea dicha cualificación.

Entre las alegaciones de la UGT, de fecha 17 de octubre de 2001, se deja constancia de que echan en falta la presencia de los trabajadores en la administración judicial.

El dictamen del Consejo de Estado, de fecha 21 de marzo de 2002, comparte las sugerencias del CGPJ, sobre las habilitaciones o acreditaciones de los administradores judiciales no acreedores y sobre intervención judicial, en su caso. Se defiende la composición plural y heterogénea de la administración judicial, dadas las funciones encomendadas, que han de requerir valoraciones de hechos y circunstancias desde la perspectiva económica-patrimonial, desde la jurídica y desde criterios de oportunidad, propios de los acreedores. Se rechaza la colaboración jurídica mediante asesoramiento externo con el argumento de inmediatez «desde dentro» y economicidad.

3. Proyecto de Ley concursal⁷

De la exposición de motivos del Proyecto de Ley concursal, aprobado por el Consejo de Ministros celebrado el 5.07.2002, he acotado algunas menciones a la administración judicial, que llegó al

⁷ Aprobado por el Consejo de Ministros, en sesión del 05.07.2002, y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, el 23.07.2002.

Senado⁸ con el nombre de administración concursal y así se ha aprobado en la nueva Ley.

Se simplifica la estructura orgánica del concurso: juez (que aumenta el ámbito de sus competencias) y administración concursal. La junta de acreedores, sólo para el convenio, y el Ministerio Fiscal, que limita su función a la calificación del concurso.

La administración concursal se regula conforme a un modelo totalmente diferente del vigente (luego veremos que no parece tanta la diferencia), y menciona su composición, retribución, responsabilidades y funciones. El ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor (declarado en concurso) se somete a intervención o se suspende, con sustitución en este caso por la administración concursal, y se impone al deudor el deber de colaborar con los órganos del concurso. Legitimación de los administradores concursales para ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores, auditores y liquidadores, sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios, y legitimación exclusiva de dichos administradores concursales para ejercitar la correspondiente acción contra los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad, una vez aprobado el convenio o abierta la liquidación. La administración concursal podrá atender el pago de créditos con garantía real (privilegio especial). Los administradores concursales están legitimados para el ejercicio de acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor en período sospechoso (dos años anteriores a la declaración del concurso).

3.1. *Los administradores concursales*

Los administradores concursales son delegados de la autoridad judicial, con facultades asesoras del órgano judicial y fiscalizadoras del concursado o administradoras del concurso, según los casos.

A mi juicio, el antecedente más próximo, de los administradores del nuevo concurso, se encuentra en los interventores de la suspensión de pagos. La doctrina científica⁹ es unánime al configurar a los inter-

⁸ *Boletín Oficial de las Cortes Generales Senado VII Legislatura Serie II: Proyectos de Ley* 14 de abril de 2003 Núm. 120 (a) (Cong. Diputados, Serie A, núm. 101 Núm. exp. 121/000101)

⁹ TORRES DE CRUELLS, Joaquín, *La suspensión de pagos*, Barcelona, Bosch, 1957, págs. 201-206. SAGRERA TIZÓN, José M.^a, *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos*, Barcelona, Bosch, 1989, vol. I, págs. 560-575. CORDÓN MORENO, Faustino, *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisdiccional*. 3.^a ed., Pamplona, Aranzadi, 1999, págs. 85-86. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Angel y otros, *Derecho procesal práctico*, Madrid, Centro de Estu-

ventores de las suspensiones de pagos como auxiliares del juez y de naturaleza jurídica análoga a los peritos judiciales, aunque con facultades legales que van más allá de los preceptivos o voluntarios informes, por ejemplo, en el ejercicio de funciones de control de la vida mercantil del suspenso, por delegación de la autoridad judicial. El profesor Fenech¹⁰ considera que los interventores son otro órgano de colaboración del juez, institución paralela a la del comisario de la quiebra, y que tienen el carácter procesal de auxiliares del tribunal, y en manera alguna el de partes, acentuándose aún más el carácter público (procesal) de éstos por el carácter obligatorio de su cargo (artículo 4 de la Ley de suspensión de pagos) y por su retribución fijada por el juez (artículo 7 de la Ley de suspensión de pagos). Idéntica unanimidad doctrinal se encuentra en que deben ser personas de la exclusiva confianza del juez que los designa, pues ese es el espíritu de la Ley, precisamente como consecuencia de la colaboración profesional para la que son llamados por sus especializados conocimientos mercantiles (en igual medida los auditores de cuentas y el acreedor elegido). La escasa jurisprudencia que he localizado (STS 08.11.1941 y STSJ de Navarra de 11.11.1995), declara que los interventores, por sus deberes de información y fiscalización, son auxiliares de la función que el juez está llamado a cumplir, incluso de carácter representativo, con un matiz de interés público, que limita el principio de rogación en el expediente y hace que predomine el inquisitivo, pues lo contrario supondría colocar al juez como figura de simple dirección formal e impediría sus facultades de dirección y control efectivos en la suspensión de pagos.

3.1.1. NOMBRAMIENTO

El auto de declaración de concurso, según el art. 21, contendrá, entre otros, los siguientes pronunciamientos:

- El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación.

dios Ramón Areces, 1997, vol. IX, págs. 271-272. RUIZ DE GORDEJUELA, Lourdes, «Procesos concursales», en *Derecho Concursal. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, págs. 64-66. RODRÍGUEZ SAN VICENTE, Miguel María, «La intervención judicial en la suspensión de pagos», en *Derecho Concursal II. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, págs. 61-77.

¹⁰ FENECH NAVARRO, Miguel, *La administración de bienes en el proceso*. Discurso de Ingreso. Barcelona, Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras de Barcelona, 1974, págs. 23-24.

—Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales ¿Cómo elige el juez las personas a designar como administradores concursales? Según la exposición de motivos, tanto en el Borrador de la Comisión General de Codificación, concluso en mayo de 2000, como en el Anteproyecto de 7.09.2001 y en el Proyecto, así como en la Ley aprobada, el nombramiento de administradores concursales es facultad discrecional del juez. También se señalaba, en los citados anteproyectos, que la LEC actuaría como supletoria de la Ley concursal, en cuanto ésta no contemplase normas procesales especiales. Sin embargo, en el texto del Proyecto, el art. 182 se refiere al fallecimiento del concursado (antes art. 181), que en el borrador de la CGC y en el Anteproyecto se titulaba «Derecho procesal supletorio» y disponía: «*En lo no previsto en esta Ley en materias procesales será de aplicación lo dispuesto de la LEC*». Según el Magistrado González Poveda¹¹, como no se establece la forma a seguir para la designación de los administradores no acreedores, debería seguirse el procedimiento establecido para el nombramiento de peritos en el art. 341.1 de la LEC 1/2000. Sin embargo, en el texto aprobado por el congreso se menciona la aplicación supletoria de la LEC¹².

Se abandonan las denominaciones de síndicos e interventores, vigentes en las quiebras y suspensiones de pagos, respectivamente, y se unifica en administradores concursales, desapareciendo los cargos de comisario y depositario, actuales órganos colaboradores del juzgado en el proceso de quiebra. Creo que debiera haberse conservado el nombre de interventores concursales, de larga tradición, cuando el deudor conserve las facultades de administración y disposición (art. 40), pues no ejercerán como administradores concursales.

En el artículo 27¹³, sobre condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales, no se concreta si pueden ser

¹¹ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *La administración judicial de la masa*, Escuela de Verano del Consejo General del Poder Judicial, Coruña, junio 2001, pág. 3.

¹² Disposición final quinta. Derecho procesal supletorio. En lo previsto en esta Ley, será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y específicamente en lo que se refiere al cómputo de todos los plazos previstos en la misma. En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material el proceso.

¹³ La administración judicial del concurso estará integrada por los siguientes miembros: 1.º Un abogado con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio

nombrados administradores concursales las firmas de auditoría, pues el artículo 6.1 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, faculta para realizar la actividad de auditoría de cuentas a las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas del ICAC, concordante con el artículo 10 de la citada LAC, aunque puede responderse afirmativamente, a la vista de lo previsto en el art. 30.3 de la nueva Ley concursal: «*Cuando la persona jurídica haya sido nombrada por su cualificación profesional, ésta deberá concurrir en la persona física que designe como representante*».

Sobre la presencia de un abogado, con diez años de ejercicio efectivo, recuerdo la incorporación de un Licenciado en Derecho, como candidato para ser nombrado síndico del concurso, en el Proyecto de Ley concursal presentado por la Comisión de Cultura del Colegio de Abogados de Barcelona (1979), que tiene lógica explicación dada la autoría del citado Proyecto, así como en la Propuesta Rojo¹⁴, obediente a los dictados del Ministro de Justicia e Interior a la Comisión General de Codificación, que incluye el nombramiento de uno de los síndicos e interventores en *Letrado en ejercicio de reconocida cualificación, que sea Doctor en Derecho o que haya ejercido, al menos, durante quince años ininterrumpidos* (art. 29).

Respecto de que recaiga el nombramiento en un economista o titulado mercantil colegiados, estimo que resulta obligado mientras se encuentre vigente su Estatuto Profesional, aprobado por Real Decreto 871/1977, de 26 de abril, aunque debidamente especializado en esta materia concursal, pues cabe la misma crítica que para los abogados: ¿dedicados al asesoramiento fiscal, financiero, contable, etc.? No lo veo tan claro en lo que se refiere al auditor de cuentas, a salvo el respeto de los posibles derechos adquiridos por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, que incurrió en el exceso, a mi juicio, de sustituir a los peritos mercantiles, como interventores, por auditores de cuentas (art. 4 de la LSP), cuando debiera haberse referido al mencionado Estatuto de los Economistas y Profesores Mercantiles. En todo caso, tanto para los economistas o titulados mercantiles colegiados, como para los auditores de cuentas, que pueden no estar colegiados, pues es suficiente su inscripción en el

efectivo. 2.º Un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo. 3.º Un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado...

¹⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Angel, «Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal». Materiales para la Reforma de la Legislación Concursal, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, Suplemento del Boletín núm. 1768, de 15 de febrero de 1996.

ROAC, debiera concretarse su situación de ejercientes en la fecha de su designación judicial, y sería aconsejable se regulase: a) los requisitos de especialización, que sirvan para acreditar su conocimiento de la disciplina concursal; b) el procedimiento de designación, quizá por remisión al artículo 341 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, si no fuese facultad discrecional del juez, según destaca la citada exposición de motivos.

La omisión de los Diplomados en Ciencias Empresariales, sucesores de los Profesores Mercantiles y con ellos homologados¹⁵, me parece desafortunada, habida cuenta de su Plan de Estudios que incluye, como asignaturas obligatorias: Contabilidad financiera, aplicada y de costes; Matemáticas financieras y para la empresa; Derecho empresarial y mercantil; Dirección comercial y financiera; Organización y administración de empresas; etc. Incorpora, entre otras, como asignaturas optativas: Análisis y consolidación de estados contables; Auditoría de cuentas; Administración y gestión de personal; Técnicas de control y Planes de gestión empresarial; etc. Al parecer, se ha intentado corregir el olvido merced a la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado¹⁶, que posteriormente fue retirada.

En su caso, integrará la administración concursal un acreedor ordinario o con privilegio general, cuyo crédito no esté garantizado. Algo es algo, pues concuerda parcialmente con lo dispuesto en el vigente art. 1215 de la anterior LEC, aunque no se evitará la práctica de que sean nombrados órganos concursales los acreedores privilegiados por créditos institucionales, como interventor-acreedor o síndico. El Magistrado González Poveda¹⁷ advierte que no se establece el criterio a seguir para designar, entre los varios existentes, el administrador acreedor [ordinario o con privilegio general cuyo crédito no esté garantizado], como tampoco se ha previsto el supuesto, quizá infrecuente pero no imposible, de que no existan acreedores de esas características o que todos los acreedores que se encuentren en esa situación no acepten el cargo. Sin embargo, la verdad es que me ha llamado la atención se mantenga en esta función al acreedor, en la creencia de que la larga experiencia de

¹⁵ Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, y Real Decreto 1754/1998, de 31 de julio.

¹⁶ ENMIENDA núm. 212 Del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP). El Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formula la siguiente enmienda a la Disposición Adicional (nueva). ENMIENDA De adición. «Las funciones de administrador concursal previstas para los Titulados mercantiles podrán ser ejercidas también por los diplomados empresariales.» JUSTIFICACION Introducción en la Administración concursal de la figura del diplomado empresarial, lo que facilitará el nombramiento de profesionales adecuados.

¹⁷ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *op. cit.*, págs. 3 y 4.

su figura decorativa «convidado de piedra», en términos generales, como interventor en el procedimiento de suspensión de pagos o como síndico en las quiebras, había convencido a la doctrina de su inoperancia, amén de los intereses particulares que pueden procurar, legítimamente, en posible colisión con los generales del proceso. Sobre el nombramiento del acreedor instante del concurso necesario, como colaborador judicial, en la Propuesta Rojo¹⁸, Aguilera¹⁹ discrepa de que se atribuyese al acreedor instante la condición de síndico o interventor y considera que la medida es contraria al principio *par conditio creditorum*, al premiar al acreedor más diligente o menos considerado.

Se cambian las singularidades vigentes para la suspensión de pagos y la quiebra, a saber: En las suspensiones de pagos de las entidades aseguradoras, las funciones de los interventores son asumidas por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras²⁰, como interventor único, según previene el art. 31.2 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (BOE 9.11.1995), de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, derogándose lo establecido en el párrafo tercero del art. 4 de la LSP. Por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. En las suspensiones de pagos de las entidades de crédito (bancos, cajas de ahorro o cooperativas de crédito), también fue modificado el párrafo segundo del citado art. 4, por Real Decreto-Ley 18/1982, de 24 de septiembre, cuyo art. 6.º dispone que serán designados interventores de las listas que remita el Fondo de Garantía de Depósitos. Debe recordarse la especialidad de su regulación en la quiebra de las entidades aseguradoras y de crédito, que previene la designación de la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras²¹ y del Fondo de Garantía de Depósitos, respectivamente, como comisario y depositario o síndico único. Ahora, como novedad, en el Proyecto objeto de estos comentarios, para el caso de entidades emisoras de valores admitidos a cotización bursátil y otras, inexplicablemente, se sustituye al auditor, economista o titulado mercantil por personal técnico de la CNMV u otra persona propuesta

¹⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Angel, «Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal». Materiales para la Reforma de la Legislación Concursal, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, Suplemento del Boletín núm. 1768, de 15 de febrero de 1996.

¹⁹ Aguilera ANEGÓN, Gonzalo, *El Anteproyecto de Ley Concursal y el Registro de la Propiedad (Borrador del Anteproyecto de 1995)*. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996, pág. 39.

²⁰ Ley 44/2002 de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. BOE núm. 281 de 23.11.2002.

²¹ Suprimida y sustituida por el Consorcio de Compensación de Seguros, en la citada Ley 44/2002.

por la misma. De igual modo, el abogado y el representante de los acreedores serán nombrados por el juez a instancia del Fondo de Garantía correspondiente. Se me ha escapado lo de «inexplicablemente», pues confiaba en que se hubiesen terminado las especialidades vigentes, sobre nombramiento de interventor, comisario, depositario o síndico, en los procesos de suspensión de pagos o quiebra de las entidades de crédito y empresas aseguradoras, en favor del Fondo de Garantía de Depósitos o la CLEA,²² pero no sólo se mantienen sino que se amplían, como al principio indicaba, para el supuesto de que la entidad concursada cotice en Bolsa, con el nombramiento de administradores concursales en las personas que proponga la CNMV, así como respecto del concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora, que será nombrada en lugar del acreedor el Fondo de Garantía de Depósitos que corresponda o el Consorcio de Compensación de Seguros, respectivamente, y en lugar de abogado, auditor, economista o Profesor Mercantil, el juez los nombrará entre los propuestos por el Organismo citado que corresponda.

3.1.2. INCAPACIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES (ART. 28)

Los artículos 124 del Texto Refundido de la LSA y 58.3 de la Ley de SRL, objeto de nueva redacción por las Disposiciones finales vigésima y vigésimo primera, con idéntico texto, disponen: *«No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, las personas inhabilitadas conformes a la Ley concursal, mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso, y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio (arts. 13²³ y 14²⁴ del Código de Comercio). Tampoco po-*

²² Suprimida y sustituida por el Consorcio de Compensación de Seguros, en la citada Ley 44/2002.

²³ «Artículo 13. No podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales: 2.º Las personas que sean inhabilitadas conforme a la Ley concursal mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso [Modificada según Disposición Final Segunda del Proyecto de Ley concursal]. 3.º Los que, por leyes o disposiciones especiales, no puedan comerciar [Artículos 98.3 y 159.4 de la Constitución Española, de 27.12.1978: miembros del Gobierno y del Tribunal Constitucional]».

²⁴ «Artículo 14. No podrán ejercer la profesión mercantil por sí ni por otro, ni obtener cargo ni intervención directa administrativa o económica en sociedades mercantiles o industriales, dentro de los límites de los distritos, provincias o pueblos en que desempeñan

drán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la sociedad de que se trate, los Jueces o Magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal».

Los auditores de cuentas vienen sometidos a un riguroso régimen de incompatibilidades, en el art. 8²⁵ de la LAC. El Reglamento de desarrollo de la citada Ley, aprobado por Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre, dedica los arts. 36 a 41 a la regulación de la independencia y de las incompatibilidades de los auditores de cuentas. El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en consulta evacuada y publicada en su Boletín n.º 12, de marzo 1993, considera que el comisario, depositario y síndico de la empresa quebrada, no pueden aceptar ser nombrados auditores de cuentas de la misma hasta el término del tercer ejercicio siguiente a su cese en el cargo como órgano de la quiebra.

Preocupante limitación, en el párrafo primero del apartado 2²⁶, del referido art. 28, para los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles, de la que se salva incomprensiblemente el administrador concursal acreedor, consecuentemente la CNMV, el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros.

3.1.3. OTROS DEBERES

Según el artículo 31, los administradores concursales profesionales deberán señalar un despacho u oficina para el ejercicio del cargo en alguna localidad del ámbito de competencia territorial del juzgado. No se explica la causa por la que se exonera de este requisito al administrador

sus funciones: 1.º Los magistrados, jueces y funcionarios del ministerio fiscal en servicio activo. Esta disposición no será aplicable a los alcaldes, jueces y fiscales municipales, ni a los que accidentalmente desempeñen funciones judiciales o fiscales. 2.º Los jefes gubernativos, económicos o militares de distritos, provincias o plazas. 3.º Los empleados en la recaudación y administración de fondos del Estado, nombrados por el Gobierno. Exceptuase los que administren y recauden por asiento, y sus representantes. 4.º Los Agentes de Cambio y Corredores de Comercio, de cualquier clase que sean [Notarios]. 5.º Los que por leyes o disposiciones especiales no puedan comerciar en determinado territorio».

²⁵ Nueva redacción por la citada Ley 44/2002 (art. 51). «Artículo 8.1. Los auditores de cuentas deberán ser y parecer independientes, en el ejercicio de su función, de las empresas o entidades auditadas, debiendo abstenerse de actuar cuando su objetividad en relación con la verificación de los documentos contables correspondientes pudiera verse comprometida...».

²⁶ No podrán ser nombrados administradores judiciales los abogados, auditores, economistas o profesores mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo Juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno sólo.

concurzal acreedor. Menos mal que se ha suprimido el apartado 2, que señalaba: «*el juez mandará que se ponga a disposición del auditor, economista o profesor mercantil los libros y demás documentación contable que llevaré el deudor*», lo cual no hubiese sido posible cuando se nombrase un administrador concursal único y éste fuera abogado, según previene el art. 27.2.3.º.

3.1.4. AUXILIARES DELEGADOS

El artículo 32 dispone que la administración concursal podrá solicitar autorización del Juez para delegar determinadas funciones en personal auxiliar, a su exclusivo cargo y en proporción a la retribución correspondiente a cada administrador concursal, salvo que se acuerde otra cosa. Sin comentarios, pues así viene sucediendo en la práctica de las suspensiones de pagos y quiebras, donde los órganos auxiliares, cuando el volumen o dificultad del trabajo requiere el apoyo de otras personas, contratan colaboradores y asumen su coste, aunque no está prevista la delegación de funciones, como es sabido. Se previene la posibilidad de delegar, entre otras, funciones relativas a la continuación de la actividad del deudor. Me imagino que se ha pensado en actividades empresariales o profesionales, también artesanales o artísticas, etc. Pero ¿cuál será la relación contractual de estos auxiliares con los administradores concursales?: ¿laboral o profesional?

3.1.5. RECUSACIÓN

Dispone el artículo 33 que son causas de recusación de los administradores concursales, además de las constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición, según el citado art. 28, las mismas que para la recusación de los peritos, reguladas en el art. 124²⁷ de la nueva LEC, y que no tendrá efectos suspensivos, sustanciándose por cauces del incidente concursal (artículos 192 a 196).

²⁷ «Artículo 124. Ambito de la recusación de los peritos. 1. Sólo los peritos designados por el tribunal mediante sorteo podrán ser recusados, en los términos previstos en este Capítulo. Esta disposición es aplicable tanto a los peritos titulares como a los suplentes. 2. Los peritos autores de dictámenes presentados por las partes sólo podrán ser objeto de tacha por las causas y en la forma prevista en los y de esta Ley, pero no recusados por las partes. 3. Además de las causas de recusación previstas en la son causas de recusación de los peritos: 1.ª Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso. 2.ª Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo. 3.ª Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso».

3.1.6. RETRIBUCIÓN

Se reconoce, en el art. 34, que los administradores concursales tendrán derecho a retribución, con cargo a la masa, y que un arancel reglamentará la retribución correspondiente, atendiendo a la cuantía del activo y del pasivo y a la previsible complejidad del concurso. Las participaciones de los profesionales designados administradores concursales en dicha retribución serán idénticas entre sí y de doble cuantía que la del administrador concursal acreedor, cuando se trate de persona natural y no designe profesional que actúe en su representación, conforme a lo previsto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 27. El juez, previo informe de la administración concursal, fijará por medio de auto y conforme al arancel la cuantía de la retribución, así como los plazos en que deba ser satisfecha.

Se concreta quién paga a los administradores concursales del concurso: el deudor, cuando no ha sido suspendido, y «*con cargo a la masa*». En el concurso, sin inhabilitación del deudor, subsistirán los actuales problemas derivados de que el sometido a control paga a los que le fiscalizan, lo cual puede comprometer su independencia. Se superaría este efecto, cuando menos estético, si el instante fuese requerido para depositar en cuentas judiciales la cuantía que el juez acuerde, previo presupuesto de los administradores concursales calculado con arreglo a arancel. Quizá debiera haberse incorporado el sistema establecido en el art. 40.2 del Código de Comercio, que previene la exigencia de caución adecuada para responder del pago de las costas procesales y de los gastos de auditoría, es decir, exigiendo al instante del concurso la consignación en la cuenta corriente del Juzgado (BBV²⁸/BANESTO²⁹) del importe correspondiente, o bien la norma establecida en el artículo 342 de la vigente LEC para los peritos judiciales. Además, en supuestos de escasa o nula masa activa, frecuentes en la praxis, no habrá posibilidad efectiva de remuneración, si se interpreta que percibirán su retribución del producto de la realización de la masa activa, aún cuando se considere prededucible.

El establecimiento de dicho arancel y su fijación por el juez, previo informe de la administración concursal, permitirá superar la actual situación de incertidumbre, particularmente en la quiebra, respecto del comisario, y algunas prácticas inconfesables (STS, Sala Segunda, de 14.02.1997). El Magistrado González Poveda³⁰ no considera correcto

²⁸ RD núm. 34/1988, de 21 de enero.

²⁹ Desde el mes de enero del 2003.

³⁰ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *op. cit.*, pág. 8.

que la administración concursal informe sobre la retribución a percibir por sus miembros y que sería más correcto que este informe lo emitiesen los respectivos Colegios profesionales. La disminución cuantitativa que sufre el administrador concursal acreedor, a mi juicio, debiera quedar supeitada a la prudente discrecionalidad del juez, sin discriminación legal.

3.1.7. RESPONSABILIDADES

El artículo 36 establece que los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia, así como que será solidaria la responsabilidad derivada del ejercicio mancomunado o colegiado de competencias, quedando exonerado en este último caso el administrador concursal que pruebe que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél. El Magistrado González Poveda³¹ advierte del paralelismo entre las acciones de responsabilidad a que se refiere este art. 36 y la establecida en la LSA y LSRL respecto a los administradores sociales, así como que se refiere a actos u omisiones contrarios a la Ley concursal.

Los administradores concursales, como órgano auxiliar del juzgado, tienen el deber inexcusable de desempeñar su cargo bien y fielmente, como así juran o prometen en fórmula ritual de aceptación (art. 30), y cumplir los plazos estipulados. La responsabilidad disciplinaria podrá ser sancionada por el juez o tribunal cuando la conducta de los administradores concursales desmerezca de su condición social o profesional y por infracciones procesales. Responderán civilmente de los daños y perjuicios que causen a los litigantes o a terceros, por su conducta culpable, negligente o con ignorancia inexcusable, estando obligados a resarcir el daño producido. Tal responsabilidad extracontractual se les podrá exigir por el presunto perjudicado, mediante la presentación de la oportuna demanda. A los administradores concursales, en el caso de que sustituyan al deudor en sus facultades de administración y disposición (art. 40), les serán exigibles las responsabilidades que en el orden civil vienen determinadas en los arts. 1101 a 1106 del Código Civil. La acción de responsabilidad se substanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido el

³¹ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *op. cit.*, pág. 11.

concurso. De igual modo suspendido el concursado (inhabilitado), los administradores concursales serán responsables del cumplimiento de deberes tributarios y laborales, entre otros.

El profesor De Angel Yágüez³² estudia la responsabilidad civil y penal del perito judicial, y sostiene que una «mala praxis» o vulneración de la *lex artis* puede llevar aparejada responsabilidad civil del informante, siempre que concurren los requisitos que la responsabilidad civil impone, además de recordar los arts. 459 y 460 del Código Penal.

El art. 37 dispone que el Juez de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso, cuando concorra justa causa, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados.

4. Contenido del informe de la administración concursal

Esta primera parte trata de analizar las disposiciones del art. 75.1 de la Ley concursal.

4.1. *Derecho concursal mercantil vigente*

En la **suspensión de pagos**, los interventores deben redactar, dentro del término que el juez les señale, que no podrá ser inferior a veinte días ni mayor de sesenta, previo informe de peritos, cuando lo estimen necesario, un dictamen acerca de los tres extremos ordenados en el art. 8 de la Ley especial³³.

En la **quiebra**, resulta preceptivo el informe del comisario, con el que se inicia la tramitación de la pieza quinta, abierta con testimonio del auto de declaración de quiebra, según ordena el art. 1382 de la LEC, y la exposición de los síndicos, a que se refiere el art. 1383 de la LEC, deberán versar sobre los capítulos previstos en el art. 1138 del primer C. de C., a saber: «1.º *La conducta del quebrado en el cumplimiento de las obligaciones que se le imponen en los arts. 1017 y 1018;* 2.º *El resultado de los balances que se formen de la situación mercantil del quebrado;* 3.º *El estado en que se encuentran los libros de su co-*

³² ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo de, «Responsabilidad del profesional asesor, perito judicial y auditor», Ponencia en el XII Congreso Nacional de Titulados Mercantiles y Empresariales, Granada, 3 de mayo de 1997.

³³ GÓMEZ MARTÍN, Fernando, «Los auditores de cuentas y la suspensión de pagos», Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, Segunda edición, Madrid, 1999, págs. 377 a 428.

mercio; 4.º La relación que está a cargo del quebrado presentar sobre las causas inmediatas y directas que ocasionaron la quiebra, y lo que resulte de los libros, documentos y papeles de ésta sobre su verdadero origen; y, 5.º Los méritos que ofrezcan las reclamaciones que en el progreso del procedimiento se hagan contra el quebrado y sus bienes».

4.2. En el nuevo concurso

Efectivamente, el art. 75 del citado Proyecto de Ley, sobre estructura del informe, menciona su contenido. El profesor González Pascual³⁴ lo califica de informe ordinario y considera que su emisión constituye la pieza clave y más importante de la actuación de este órgano en el concurso, importancia que radica en la transcendencia de su contenido, de marcado carácter patrimonial y financiero.

4.2.1. MEMORIA

Art. 75.1.1.º: «Análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria³⁵ a que se refiere el número 2.º, del apartado 2 del artículo 6».

La administración concursal, además de ratificar, completar o rectificar la memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, debe hacerlo igualmente respecto de la actividad o actividades a que se haya dedicado, durante los tres últimos años, y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, así como tiene que manifestar su opinión sobre las causas de la insolvencia, para finalizar, esta primera parte de su informe, analizando las valoraciones y propuestas presentadas respecto de su viabilidad futura.

El estudio pormenorizado de algunas de las cuestiones expuestas, sometidas a la opinión de los administradores concursales, requiere una preparación específica, por parte de dichos administradores concursales, que va mas allá, a mi entender, de la que es exigible a las titulaciones llamadas a nombramiento para dicho cargo, por lo que se verán en la necesidad de acudir a expertos independientes, cuando se trate de una mediana o gran empresa, particularmente para dictaminar sobre las

³⁴ GONZÁLEZ PASCUAL, Julián, «La información contable y los informes de la administración judicial en el Anteproyecto de Ley Concursal», *Revista Técnica del Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas de España*, 3.ª Época, núm. 20-2002, págs. 32-45.

³⁵ Memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, así como de las causas del estado en que se encuentre y sus valoraciones y propuestas sobre su viabilidad futura.

causas de la crisis económica y las propuestas sobre su viabilidad patrimonial. Sin embargo, intentaré una aproximación:

- a) Sobre la memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, se guarda silencio respecto de los datos históricos a relatar y puede ser una larga historia, tanto si el deudor es persona física como jurídica y no digamos nada si del concurso de la herencia se tratase, pues habrá que contemplar y narrar la historia del causante, así como de la herencia, que pueden tener su particular historia económica y jurídica.
- b) Respecto de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años, puede no resultar tarea fácil su investigación, en los distintos presupuesto subjetivos a que me he referido en el apartado anterior, particularmente cuando el deudor sea empresario, pues exigirá acudir a la contabilidad para conocer las actividades realizadas.
- c) De los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, parece que se acota para los supuestos de deudor que ejerce o ha ejercido actividades profesionales o empresariales.
- d) Sobre las causas de la insolvencia (estado en que se encuentre), nunca ha sido fácil decir sí o no (como Cristo nos enseña) a las causas alegadas por el deudor y seguirá siendo una tarea comprometida, en determinados casos, debiendo recordar que es causa de calificación de concurso culpable «*la inexactitud grave en... los documentos acompañados a la solicitud...*» (art. 164.2.2.º). Si el deudor fuere empresario, debe informarse con el conocimiento de los antecedentes que proporciona la auditoría realizada, si se contrata, a veces remontándose varios ejercicios, y no suele ser suficiente el examen de las causas alegadas en la memoria, pues debe investigarse si hubieren sido o habido otras.
- e) Para las valoraciones y propuestas presentadas respecto de la viabilidad patrimonial de la empresa deudora ¡palabras mayores!, se requerirá la contratación de especialistas, pues los administradores concursales, tal como está configurada su profesionalización, no tienen por qué saber lo suficiente, me parece, para opinar en estas materias.

4.2.2. CONTABILIDAD

Art. 75.1.2.º: «*Estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria a que se refiere el apartado 3 del artículo 6. Si el deudor no hubiese presen-*

tado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, serán formuladas por la administración judicial, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste le facilite y de cuanta otra obtenga. En este caso, la documentación contable elaborada será sometida a verificación por un auditor de cuentas designado por el Juez, cuyo informe se unirá al de la administración judicial. Esta misma verificación también procederá cuando las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio hubieran sido presentadas por el deudor sin el preceptivo informe de auditoría».

El informe sobre este apartado puede concretarse en una exposición sobre los registros contables, el plan de cuentas utilizado por la empresa y los estados financieros presentados, así como de la memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio, etc., después de efectuar el análisis sobre el grado de observancia de los requisitos que deben cumplir el sistema contable, y de los principios de contabilidad generalmente aceptados, según previene el Código de Comercio, reformado por Ley 19/1989, el TRLSA (arts. 171 a 222), en su caso, y el Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre. Sobre este particular, conviene aplicar los siguientes procedimientos, antes de emitir el juicio profesional, a saber:

- a) Anomalías en los libros y documentos contables, observadas del conjunto contable, con referencia a los seis años que debe conservarse la contabilidad (arts. 25 al 30, 35 y 37 del C. de C.). Si a la empresa deudora le resulta aplicable el art. 41 del C. de C. (sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y en comandita por acciones, así como las regulares colectivas y comanditarias simples, que incurran en el supuesto previsto en el apartado 2 del citado art. 41), deberá analizarse el grado de cumplimiento de lo dispuesto en el capítulo VII del TRLSA (arts. 171 a 222) y, particularmente, el art. 218 sobre depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil.
- b) Cumplimiento de los requisitos de la información contable, según la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA), en su documento 1 sobre Principios y Normas de Contabilidad en España (edición revisada en 1991), a saber: identificabilidad; oportunidad; claridad; relevancia; razonabilidad; economicidad; imparcialidad; objetividad; y, verificabilidad.
- c) Grado de observancia de los principios de contabilidad generalmente aceptados (art. 38 del C. de C. y Primera y Quita Parte

- del PGC), para la valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuren en los estados financieros, y bajo la presunción de empresa en funcionamiento, respeto de las siguientes reglas: precio de adquisición; devengo; no compensación; uniformidad; prudencia valorativa; registro; correlación de ingresos y gastos; e importancia relativa.
- d) Práctica de amortizaciones y correcciones valorativas, en su caso, así como tratamiento del fondo de comercio, si figurase activado, para respetar lo establecido en el art. 39 del C. de C. y disposiciones concordantes del PGC.
 - e) Procede, igualmente, atender a las previsiones del art. 163 y siguientes, del Título VI, por si se hubiere de formarse la pieza de calificación del concurso y de la revisión contable pudieran deducirse algunos de los supuestos contemplados en el art. 164.
 - f) Si la forma jurídica de la empresa obliga a la llevanza del libro de actas, según el art. 26 del C. de C., pese a tratarse de un libro corporativo, debe ser objeto de examen, para comprobar si se cumplen los requisitos de los arts. 97 a 100 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto a documentación de los acuerdos sociales, y 106 del citado Reglamento. Cuando se trate de sociedades anónimas, es de observar el art. 142 del TRLSA, respecto del libro de actas sobre acuerdos del consejo de administración. Para las sociedades anónimas, según los arts. 53, 54 y 55 del TRLSA, las acciones representadas por medio de títulos, sean nominativas o al portador, estarán numeradas correlativamente y se extenderán en libros talonarios. Los resguardos provisionales de las acciones revestirán necesariamente forma nominativa. Las acciones nominativas figurarán en el libro registro de acciones nominativas que llevará la sociedad, en el que se inscribirán las sucesivas transferencias. Las sociedades de responsabilidad limitada llevarán un libro registro de socios, en el que se harán constar la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones de las participaciones sociales, voluntarias o forzosas, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre las mismas. En cada anotación se indicará la identidad y domicilio del titular de la participación o del derecho o gravamen constituido sobre aquélla (art. 27 LSRL, de 23.03.1995). Estos libros deberán ser legalizados en el Registro Mercantil, según ordenan los arts. 27 del C. de C. y 293 del RRM.

Respecto de lo previsto sobre la no presentación de cuentas anuales por el deudor, debiera respetarse que la formulación de cuentas anuales

es un deber exclusivo de los administradores sociales, únicos obligados a rendir cuentas de su gestión, sin participación alguna de los administradores concursales, cuando la declaración de concurso sea posterior al cierre del ejercicio social inmediato anterior.

4.2.3. MEMORIA SOBRE LA GESTIÓN DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

Art. 75.1.3.º: «*Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal*».

Imagino que el informe sobre este apartado tiene como finalidad que los administradores concursales faciliten información al deudor, caso de suspensión, pues si sólo ha sido intervenido sigue siendo protagonista de las mismas, y a los acreedores personados, así como a otros posibles interesados (¿trabajadores?), del ejercicio de sus funciones más relevantes, sin entrar en detalles propios de la rutina, particularmente de aquellos actos que hayan podido comprometer el patrimonio del concursado. Así viene haciéndose por los interventores de la suspensión de pagos, actualmente, a modo de preámbulo o introducción al dictamen ex art. 8 de la ley especial.

4.2.4. MASA ACTIVA

Art. 75.2: «*Al informe se unirán los documentos siguientes: 1.º Inventario de la masa activa*».

4.2.4.1. Derecho concursal mercantil vigente

En la **suspensión de pagos**, se vienen respetando escrupulosamente las normas sobre ejecución del trabajo, contenidas en las citadas Normas Técnicas de Auditoría, aprobadas por Resolución de 19.01.1991 (BOICAC n.º 4), con el siguiente contenido ilustrativo: 1. Circularización a proveedores, clientes, entidades de crédito, Administraciones Públicas y Registros de la Propiedad, con quienes se conozcan o presuman relaciones del suspenso; 2. Revisión del estado de situación, balance de situación o balance definitivo, elaborado por la sociedad, utilizando como base de partida el informe de auditoría y las cuentas anuales de la sociedad, en su caso.

En el auto de declaración de **quiebra** voluntaria o necesaria se acuerda, entre otras disposiciones, la ocupación judicial de todas las pertenencias del quebrado, de los libros, papeles y documentos de su giro, su inventario, embargo y depósito, según ordena el art. 1333 de la

LEC, que se remite al art. 1044 del antiguo C. de C. Inmediatamente que se dicte el auto de declaración de quiebra, conforme a lo establecido en el art. 1334 de la LEC, previo señalamiento por el juzgado y con citación del quebrado (art. 1174 de la LEC), se procederá a la ocupación, inventario y depósito de las pertenencias del quebrado: bienes de todas clases, libros, documentos, etc. (arts. 1044.3.^a, 1045.1.^o y 2.^o y 1046 al 1048 del viejo C. de C.), que se llevará a cabo mediante la oportuna diligencia, suscrita por la comisión judicial, formada por el comisario y el depositario de la quiebra, el agente y el secretario del juzgado, quien extenderá el acta y dará fe de la misma. El art. 1350 de la Ley de Enjuiciamiento Civil menciona la formación del «haber» existente en el domicilio del quebrado, que será objeto de inventario, y el siguiente art. 1351 se refiere al inventario de bienes que se hallen en distinto domicilio. Pues bien, la doctrina científica³⁶ identifica este «haber» como masa activa.

4.2.4.2. En el nuevo concurso

El mencionado informe del Consejo de Estado, de fecha 21.03.2002, destaca: *«Se concreta ésta [la masa activa] en el correspondiente inventario que los administradores judiciales deben unir al informe que han de rendir al Juez del concurso, en el plazo de tres meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos o, en su caso, del administrador judicial único, plazo que, a solicitud de la administración judicial, podrá ser prorrogado por el Juez por tiempo no superior a un mes».*

El citado profesor González Pascual³⁷ entiende que el inventario de la masa activa deberá elaborarse por la administración concursal partiendo del inventario presentado por el deudor y efectuando sobre el mismo las correcciones oportunas.

Para ello, si el deudor fuese empresario, se utilizarán los siguientes procedimientos de revisión: A) Inmovilizaciones materiales: a) Efectuar un cuadro de los movimientos habidos en este subgrupo en el período de... a...; b) Análisis de las altas y bajas de inmovilizado contra documentación soporte (facturas); c) Comprobar la consistencia de la amortización practicada a la fecha...; d) Verificar contra la respuesta de

³⁶ BRUNETTI, ANTONIO, *Tratado de quiebra*. Citado por Manuel Escobedo Duato, *La quiebra de «Barcelona Traction»*. 2.^a ed., Barcelona, Talleres Gráficos Mariano Galvé (imp.), 1957, págs. 124-127.

³⁷ GONZÁLEZ POVEDA, Julián, «La información contable y los informes de la administración judicial en el Anteproyecto de Ley Concursal», *op. cit.*

los Registros de la Propiedad el estado de cargas y gravámenes que pesan sobre los inmuebles de la sociedad; e) Estudiar el efecto que tiene la revalorización voluntaria del inmovilizado efectuada por la sociedad, en su caso; f) Solicitar del juzgado que libre oficio al Registro de la Propiedad Central a fin de que remita calificación de titularidad y cargas de los bienes que pudieran existir a nombre de la suspensa; B) Inmovilizaciones inmateriales: a) Desglosar su composición a la fecha...; b) Analizar su contenido y proponer su ajuste, en aquellos casos en que se trate de un activo ficticio; c) Solicitar información del Registro de Patentes y Marcas; C) Inmovilizaciones financieras e inversiones financieras temporales: a) Composición a la fecha...; b) Documentación que soporte la participación en sociedades; c) Balance de situación de las participadas, referido a la fecha más cercana al..., con objeto de analizar la necesidad o no de dotar una provisión por depreciación de la cartera; D) Existencias: a) Revisión del inventario permanente, en su caso, a través del conteo en los almacenes de la sociedad de una muestra de códigos de materia prima y de producto terminado; b) Análisis de la valoración de existencias sobre la base de: —materias primas: prueba FIFO; —producto terminado: para una muestra de productos comparar el precio aplicado a fecha... con el de fecha... y con el precio actual de venta; c) Análisis de obsolescencia; d) Prueba sobre corte de operaciones; E) Deudores: a) Conciliar las respuestas recibidas en la circularización; b) Estudio de insolvencias; c) Análisis del epígrafe «Otros deudores»; F) Tesorería: a) Verificar las respuestas de la circularización; b) Cuadrar el disponible efectivo al...; c) Arqueos de Caja a la misma fecha.

4.2.4.2.1. *Principio de universalidad*

Art. 76.1: «Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor, a la fecha de la declaración de concurso, y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento».

Como consecuencia de la declaración de concurso, todos los bienes materiales y derechos inmateriales pertenecientes al deudor, conocidos o no, pasan automáticamente a integrar la masa activa. Cosa distinta será la posterior valoración efectiva de esta integración, mediante la posesión, busca, reivindicación, etc., y la formación del inventario.

Puede servir de referencia y ayuda, para conocer la composición de la masa activa de las empresas, el balance, regulado en la Cuarta Parte del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1643/1990,

de 20 de diciembre. Para las sociedades anónimas, dicho balance responderá al esquema del art. 175 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, cuyo desglose se presenta en los arts. 176 a 188, siendo de aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada, por remisión del art. 84 de la LSRL, de 23 de marzo de 1995, y a las sociedades comanditarias por acciones, por remisión del art. 152 del C. de C., así como a las sociedades colectivas y a las comanditarias simples, cuando todos los socios sean sociedades españolas o extranjeras, según establece el art. 41.2 del C. de C., y también a las sociedades laborales, por la Disposición final primera de la Ley 4/1997, de 24 de marzo. Teniendo a la vista el modelo de balance, incluido en la mencionada Cuarta Parte del Plan General de Contabilidad, se facilita la selección de partidas del activo susceptibles de integrar la masa activa.

Sobre bienes futuros, me referiré a aquellos bienes que adquiera el deudor (empresario mercantil individual o socio de sociedades regulares colectivas o socio colectivo de comanditarias), con posterioridad a su declaración de concurso, con causa en su trabajo por cuenta propia o ajena, o reciba por donación, herencia, legado y cualquier otro título. Tales bienes, a medida que lleguen al deudor, integrarán la masa activa, para responder de las obligaciones contraídas con sus acreedores (art. 1911 del CC), al igual que cualquier clase de ingreso, por subvenciones, indemnizaciones, etc., en cualquier tipo de empresario mercantil. Si fuese por herencia del deudor, entrarán en juego los arts. 988 a 1003 del Código Civil, debiendo aceptarse la herencia a beneficio de inventario. Cuando el concursado heredero repudiasse la herencia, podrán los administradores concursales aceptarla en nombre de aquél, según previene los arts. 1001 y 1005 del CC (STS de 3.10.1979). Además, se incorporarán a la masa activa aquellos que procedan de las acciones de reintegración, mediante rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Se presume perjuicio: a) donaciones; b) transmisiones a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 93); c) constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes; y, d) favorecimiento de acreedores (art. 71 a 73).

Art. 76.2: «Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables».

Con referencia a los deudores declarados en concurso (personas físicas o socios con responsabilidad ilimitada), quedan excluidas de la masa activa todas aquellas cosas corporales que no puedan ser objeto

de embargo, a tenor de lo establecido en el art. 606 de la LEC³⁸, así como todos los derechos del deudor inseparables de su personalidad y los derechos patrimoniales que no sean aptos para ser convertidos en dinero, ya que los acreedores sólo pueden participar en la división del haber común por contribución o dividendo. Entran en esta categoría ciertos derechos, como el lecho y la habitación, los usufructos legales, el salario mínimo interprofesional, etc., propios del deudor persona física o socio colectivo. Al respecto, el AAP de Sevilla, de 28.05.1998.

Art. 76.3: «Los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica. Si de la ejecución resultara remanente a favor del concursado, se integrará en la masa activa».

4.2.4.3. Bienes conyugales

Art. 76. 1: «En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. 2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el Juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso».

Sobre el ejercicio del comercio por persona casada y posible afectación de bienes interesan los art. 6 a 11 del Código de Comercio y sobre bienes privativos y comunes de los cónyuges se estará a lo dispuesto en los art. 1346 a 1361 del Código Civil.

³⁸ Art. 606 de la nueva LEC: «Bienes inembargables del ejecutado. Son también inembargables: 1.º El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia. 2.º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada. 3.º Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas. 4.º Las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley. 5.º Los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España».

El profesor Blanquer³⁹ considera que los bienes y derechos propios y privativos del concursado es el único patrimonio que puede estar comprometido por las obligaciones y responsabilidades del deudor, aunque en régimen de comunidad o sociedad el cónyuge deudor tiene una participación en el patrimonio común, por lo que procede la inclusión en la masa activa del derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común, además de los bienes y derechos suyos propios y privativos.

La Audiencia Provincial de Huesca, en resolución de fecha 31.12.1991, una vez sentado que los bienes gananciales del cónyuge comerciante quedan obligados por el ejercicio de su actividad empresarial, cuando su consorte no se opone al desarrollo de la misma, declara la imposibilidad de seguir la ejecución sobre bienes gananciales, cuando estén afectados por las deudas contraídas por el esposo suspenso. La misma Audiencia, en sentencia de fecha 4.10.1996, que cita la anterior y otras, afirma en el Fundamento de Derecho Tercero: *«procede excluir del apremio los bienes consorciales ya afectos a la suspensión, pues los bienes gananciales, por una misma deuda, de la que los esposos son deudores solidarios, no pueden estar al mismo tiempo dentro y fuera de la suspensión»*.

Art. 78.1: «Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso. 2. Las presunciones a que se refiere este artículo no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho. 3. Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adqui-

³⁹ BLANQUER, Roberto, *Los efectos de la administración judicial sobre el deudor y sobre los acreedores*, Escuela de Verano del Consejo General del Poder Judicial, A Coruña, junio 2001, págs. 27 y 28.

sición actualizado; en los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración judicial o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el Juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno».

El régimen de separación de bienes entre cónyuges se regula en los arts. 1435 a 1444 del Código Civil, y los dos primeros apartados del transcrito art. 77 son reproducción literal de lo dispuesto en el art. 1442 del C. Civil.

El profesor Blanquer⁴⁰ advierte que tanto la presunción de donaciones como el tratamiento del pacto de sobrevivencia suponen una regulación especial provocada por el concurso, de carácter singular y, por lo tanto, diversa de la que sería aplicable si no se hubiese producido la declaración de concurso.

4.2.4.4. Cuentas indistintas

Art. 79: «Los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto se integrarán en la masa activa, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal. 2. Contra la decisión que se adopte podrá plantearse incidente concursal».

El informe del Consejo Económico y Social, de fecha 7.11.2001, considera que deberían quedar exceptuados de la aplicación de este precepto los saldos vinculados a sociedades de bienes gananciales, entendiendo que no son éstas, sino más bien las empresas, que desarrollan una actividad económica, las destinatarias de esta norma. Y el informe del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 6.11.2001, dedica el siguiente comentario: *«El artículo 78 del Anteproyecto incluye en la masa activa, salvo prueba en contrario, los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto, criterio que supone una ruptura de las presunciones usuales en la práctica de las entidades de crédito y en la normativa fiscal, justificada por la fuerza atractiva del concurso».*

4.2.4.5. Derecho de separación

Art. 80.1: «Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración judicial a

⁴⁰ BLANQUER, Roberto, *op. cit.*, pág. 31.

sus legítimos titulares, a solicitud de éstos. 2. Contra la decisión denegatoria de la administración concursal podrá plantearse incidente concursal».

El citado informe del Consejo General del Poder Judicial señala: *«El Anteproyecto merece un juicio crítico favorable en la regulación del derecho de separación, al modificar el criterio del Código de Comercio. En efecto, el viejo Código de Comercio parte de una cláusula general sobre el derecho de separación (art. 908), para posteriormente recoger una lista de supuestos que considera comprendidos en la referida cláusula (art. 909). El Anteproyecto, por el contrario, suprime la lista de supuestos de separación, y a través de una cláusula general reconoce el derecho de separación de los bienes de propiedad ajena».*

Al parecer, los bienes en precario poseídos por el concursado gozarán de *separatio ex iure dominii*. La SAP de Huesca, de fecha 13.03.1996, nos enseña a distinguir este contrato del de comodato: *«... La figura del precario ha sido perfilada por la doctrina jurisprudencial como la tenencia o disfrute de una cosa ajena sin pago de renta o merced ni razón en derecho distinta de la mera liberalidad de su propietario, de cuya voluntad depende poner término a su tolerancia, o simplemente las situaciones posesorias de simple hecho. El contrato de comodato, que guarda evidentes similitudes con el precario, ya que asimismo se cede una cosa para su uso y disfrute sin pagar renta o merced, se diferencia esencialmente de aquél en que en el comodato la cosa es entregada para un uso o un tiempo determinado. Es decir, que si la posesión de la cosa se concede «in genere» a título de mera tolerancia sin especificar su uso o su duración nos hallamos ante la figura del precario y si, por el contrario se especifica su tiempo o utilización se constituye el contrato de comodato. Esta diferenciación entre una y otra figura jurídica tiene una indudable incidencia en sus resultados prácticos dado que, tratándose del precario puede el titular reclamar la cosa a su voluntad instando el lanzamiento del precarista, mientras que tratándose del comodato no puede reclamar la cosa prestada sino cuando haya concluido el uso o finalizado el tiempo para el que se pactó, como establecen los artículos 1749 y 1750 del Código Civil».*

4.2.4.5.1. Imposibilidad de separación

Art. 81.1: *«Si los bienes y derechos susceptibles de separación hubieran sido enajenados por el deudor, antes de la declaración de concurso, a tercero de quien no puedan reivindicarse, el titular perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la*

contraprestación, si todavía el adquirente no la hubiera realizado, o comunicar a la administración concursal, para su reconocimiento en el concurso, el crédito correspondiente al valor que tuvieran los bienes y derechos en el momento de la enajenación o en otro posterior, a elección del solicitante, más el interés legal. 2. «El crédito que resulte a favor del titular perjudicado tendrá la consideración de crédito concursal. Los efectos de la falta de comunicación oportuna del crédito se producirán transcurrido un mes desde la firmeza de la resolución judicial que hubiere reconocido los derechos del titular perjudicado».

4.2.4.6. Inventario

Art. 82.1: «La administración concursal elaborará un inventario que contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre, que será el día anterior al de emisión de su informe. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirá en el inventario la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como las de los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter».

Remito al lector al comentario anterior del art. 75.1. No parece posible, en general, que el inventario elaborado por la administración concursal, pueda referirse al día anterior al de la emisión del informe, sobre todo si se encuentra con una empresa mercantil o profesional que ha continuado sus actividades. Se prescinde de los principios de contabilidad generalmente aceptados y de las reglas de valoración, respecto de la masa activa, cuando el deudor sea empresario mercantil, que nuestro Derecho contable regula (art. 38 del C. de C., arts. 193 a 198 del TRLSA y Primera y Quinta Parte del PGC), cuando creo que deberían ser compatibles con los datos «extracontables» (bienes y derechos según valor de mercado) requeridos a los administradores concursales, para que sirva de información a terceros, si el concursado fuese empresario mercantil, máxime si recordamos lo dispuesto en el art. 45.1: «Declarado el concurso, subsistirá la obligación de formular y la de auditar las cuentas anuales».

Art. 82.2: «De cada uno de los bienes y derechos relacionados se expresará su naturaleza, características, lugar en que se encuentre y datos de identificación registral, en su caso. Los gravámenes, trabas y cargas que afecten a bienes o derechos inventariados se harán constar con expresión de su naturaleza y de los datos de identificación corres-

pondientes. 3. El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva».

La naturaleza de los bienes incluidos en la masa activa resulta implícita en los modelos contables del PGC y del TRLSA (arts. 175 a 178), que permiten prescindir del detalle establecido en el C. de C. (art. 35), compatible con la clasificación dada por el CC (arts. 333 a 347).

Sobre trabas y embargos que afecten a los bienes o derechos inventariados, conviene recordar: a) La Ley General Tributaria (art. 131.5) y el Reglamento General de Recaudación (art. 118) declaran responsables solidarios de la deuda tributaria a las personas o entidades depositarias de bienes embargados del deudor que colaboren o consientan en el levantamiento de los mismos. El art. 138.3 del referido RGR establece que el depositario incurrirá en responsabilidad civil o penal por incumplimiento de las obligaciones que le incumben como tal; b) El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (art. 37) y su nuevo Reglamento General de Recaudación (art. 10.4) declaran igualmente la responsabilidad solidaria de las personas físicas o jurídicas depositarias de bienes embargados que, con conocimiento previo del embargo practicado por la Seguridad Social, colaboren o consientan en el levantamiento de los mismos. El art. 138.3 del citado Reglamento determina que *«el depositario incurrirá en responsabilidad civil o penal por incumplimiento de las obligaciones que le incumben como tal. Asimismo, será responsable solidario de la deuda hasta el límite del importe librado cuando colabore o consienta en el levantamiento de los bienes embargados, responsabilidad que le será exigida conforme al procedimiento establecido en el artículo 11 del presente Reglamento»*; c) El Código Penal dedica el capítulo VII, del título XIX, el Libro II : *«De la malversación»*, y el art. 435 establece: *«Las disposiciones de este capítulo son extensivas a los... 3.º Los... depositarios de dinero o bienes embargados... por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares»*.

Art. 82.4: *«Al inventario se añadirá una relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido y otra comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse, a juicio de la administración judicial, para la reintegración de la masa activa. En ambas relaciones se informará sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales»*. Se men-

cionan las anteriormente citadas acciones de reintegración, mediante rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Se presume perjuicio: a) donaciones; b) transmisiones a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 93); c) constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes; y, d) favorecimiento de acreedores (arts. 71 a 73).

Art. 83.1: *«Si la administración concursal considera necesario el asesoramiento de expertos independientes para la estimación de los valores de bienes y derechos o de la viabilidad de las acciones a que se refiere el artículo anterior, propondrá al Juez su nombramiento y los términos del encargo. Contra la decisión del Juez no cabrá recurso alguno. 2. Los informes emitidos por los expertos y el detalle de los honorarios devengados con cargo a la masa se unirán al inventario».*

Parece obvio que la administración concursal, dada su composición profesional, precisará el asesoramiento de expertos, tasadores y letrados, para evaluar bienes y derechos o estimar la viabilidad de acciones judiciales, así como para cumplir con lo previsto en el inciso final del citado art. 82.4 Se dispone en España de un régimen acuñado sobre nombramiento expertos independientes (arts. 38 y 236 del TRLSA y arts. 338 a 349 del RRM), que bien pudiera aprovecharse en esta ocasión para la valoración de bienes y derechos.

Puede constatarse que se prescinde o no se recuerda el cumplimiento de la contabilidad (nuevo Derecho contable), ni siquiera en el caso de que el deudor viniera obligado a ella, cuando en el apartado 2 del citado art. 75, para informar sobre la situación patrimonial ordenada en el apartado 3 del mismo precepto, se limita a la presentación de un inventario de bienes y derechos y una relación de acreedores, es decir la llamada «contabilidad del clavo». ¿Nada que añadir sobre pasivos contingentes o provisiones para riesgos y gastos? ¿Están implícitos en el apartado 2.2.º del mismo art. 75? No parece, pues cita lacónicamente «lista de acreedores». Es una lástima, pues el art. 46.2 dispone: *«La formulación de las cuentas anuales durante la tramitación del concurso corresponderá al deudor bajo la supervisión de los administradores concursales, en el caso de intervención, y a estos últimos en caso de suspensión».*

4.2.5. MASA PASIVA

Mi propósito, ahora, era analizar esta faceta del informe de la administración concursal sobre la lista de acreedores y clasificación de los

créditos concursales, es decir, la determinación de la masa pasiva del concurso y la calificación jurídica de los créditos que la integran. Pero esta materia será expuesta por el profesor González Bilbao y el lector saldrá ganando.

5. Otros documentos a presentar con el informe de los administradores concursales

Artículo 75. «Estructura del informe... 2. Al informe se unirán los documentos siguientes:... 3.º En su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado».

5.1. Derecho concursal mercantil vigente

Con la solicitud de **suspensión de pagos** debe presentar el deudor, entre otros documentos, una proposición para el pago de los débitos (art. 2.4.º de la Ley especial). Este expediente tiene por finalidad la celebración de un convenio entre el suspenso y sus acreedores, que habrá de ser aprobado en junta general de acreedores, convocada y presidida por el juez, o en procedimiento escrito, por mayorías cualificadas. Cuando se acuerda la tramitación escrita, el suspenso vendrá obligado a presentar al juzgado la proposición de convenio (la inicial u otra), con la adhesión del voto individual de los acreedores en forma auténtica. Si las adhesiones recibidas introdujeran modificaciones esenciales en la proposición del convenio, tanto durante el plazo del art. 18 como en el de prórroga del art. 19, ambos de la Ley especial, el juez oirá obligatoriamente sobre ellas (las modificaciones al convenio propuesto) el informe de los interventores, y dará vista al deudor para que preste o no su consentimiento. Este informe carece de orientación legal y de contenido ilustrativo; en la práctica, los interventores acostumbran a destacar las modificaciones planteadas respecto de la propuesta inicial del deudor y analizar posibles ventajas económicas para las partes que resultasen beneficiadas con los cambios introducidos.

Con la solicitud de **quiebra** voluntaria, no se previene la presentación por el deudor de una proposición de convenio (art. 1018 de primer Código de Comercio). Sin embargo, puede finalizar este proceso mediante aprobación judicial del convenio que hiciesen el quebrado y sus acreedores, regulado en los arts. 898 a 907 y 928 y 929 del C. de C. (estos últimos artículos citan, para las compañías, lo dispuesto en la Sección 8.ª del Título I del Libro IV del vigente C. de C.); arts.

1389 a 1396 de la LEC (sentencia del TS de 22.02.1983); art. 1304, por remisión del art. 1390 de dicha LEC; arts. 1307 a 1311, por remisión del art. 1391 de la citada LEC; y, arts. 1147 a 1167 del primer C. de C., mencionados en la Sección 6.^a del Título XIII del Libro II de la referida LEC. En la quiebra de empresarios individuales y compañías de responsabilidad ilimitada, una vez terminado el reconocimiento de créditos y hecha la calificación de la quiebra, el quebrado y sus acreedores podrán hacer los convenios que estimen oportunos, según el mencionado art. 1390 de la LEC, que se remite al art. 1304 de la misma LEC, y que facultan al deudor o a cualquiera de los acreedores para solicitar del Juez la convocatoria de junta para tratar del convenio y cuya solicitud debe contener el requisito, entre otros, de que se formulen con claridad y precisión las proposiciones del convenio. No parece que haya obstáculo para acogerse a los mismos trámites sobre convenio, en junta de acreedores, a las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), una vez finalizadas las piezas tercera, cuarta y quinta. Los administradores de las compañías anónimas o quienes les representen, con poder especial, y por extensión las de responsabilidad limitada, así como los liquidadores de las compañías disueltas, podrán presentar a los acreedores, en cualquier estado de la quiebra, las proposiciones de convenio que estimen oportunas, según reza el art. 929 del C. de C. (sentencia del TS de 6.06.1977 y sentencia de la AT de Barcelona de 30.06.1987), que deberá resolverse con arreglo a lo dispuesto en la Sección Octava, que se refiere a las suspensiones de pagos y quiebras de las Compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas, y se completa con la Ley de 12 de noviembre de 1869, a la que remite el art. 1320 de la LEC. Se interpreta, por tanto, que las sociedades mercantiles con responsabilidad limitada (SA y SRL), incluso declaradas en quiebra fraudulenta, pueden alcanzar un convenio con sus acreedores, para cuya calificación no será preciso oír a los síndicos, si no hubiesen sido nombrados, como declara la STS de 8.06.1880.

No se contempla, en los preceptos citados, informe alguno de los órganos auxiliares de la quiebra (comisario, depositario o síndicos) sobre las proposiciones de convenio.

5.2. *En el nuevo concurso*

No observo entre la documentación que el deudor acompañará a su solicitud de declaración de concurso, ex art. 6.2, mención alguna al convenio, aunque el art. 104.1 lo previene: «Desde la solicitud de con-

curso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, el deudor que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo siguiente podrá presentar ante el Juez propuesta anticipada de convenio». De igual modo el art. 106.2 lo autoriza: «Cuando la propuesta anticipada de convenio se presentara con la solicitud de concurso voluntario o antes de la declaración judicial de éste, el Juez resolverá sobre su admisión en el mismo auto de declaración de concurso». Sin embargo, en el apartado 2.º del citado art. 6.2 se requiere la presentación de «sus valoraciones y propuestas sobre su viabilidad futura», y puede interpretarse que la viabilidad permite acudir a la convención con los acreedores. Así que, cuando el mencionado art. 75.2.3.º requiere a los administradores concursales, para que unan a su informe un escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado, en su caso, se está refiriendo a la evaluación del contenido de la propuesta anticipada de convenio presentada por el deudor, en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen, que menciona el art. 107.2 y dispone: «Si la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuese desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el más breve plazo al Juez...». Pero idéntica opinión se pide a los administradores concursales, en el escrito de evaluación sobre la propuesta de convenio, en relación con el plan de pagos y, en su caso, con el plan de viabilidad que la acompañe, presentadas por el concursado, que no hubiere presentado propuesta anticipada ni tuviere solicitada la liquidación, o por los acreedores, cuyos créditos superen una quinta parte del total pasivo (artículo 113.1). Trataré, por tanto, sobre ambos escritos, dada su misma finalidad y contenido.

Deberán verificar e informar los administradores concursales, a mi juicio, sobre:

- a) El cumplimiento de los requisitos formales de la propuesta de convenio establecidos en el art. 99⁴¹.

⁴¹ 1. Toda propuesta de convenio, que podrá contener distintas alternativas, se formulará por escrito y firmada por el deudor o, en su caso, por todos los acreedores proponentes, o por sus respectivos representantes con poder suficiente. De las propuestas presentadas se dará traslado a las partes personadas. Cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los comprometidos o sus representantes con poder suficiente. 2. Las firmas de la propuesta y, en su caso, la justificación de su carácter representativo, deberán estar legitimadas.

- b) Las limitaciones y requisitos señalados en los artículos 100⁴², 101⁴³ y 102⁴⁴.
- c) Las prohibiciones establecidas en el art. 105, aunque algunos de los hechos causantes de esta prohibición de presentación de propuesta anticipada de convenio tienen que ver con actos cuyo perjuicio patrimonial se presume *iuris et de iure* en el art. 71.2, y pueden ser objeto de acciones rescisorias, para cuyo ejercicio están legitimados los administradores concursales o, en su caso, los acreedores, por el cauce del incidente concursal. No parece que hasta la firmeza de la sentencia correspondiente puedan ser oponibles a la admisión a trámite de la propuesta de convenio.

⁴² 1. ...Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio, excepto cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía. 2. Cuando la propuesta de convenio prevea la enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio... También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. 3. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento. 4. Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado. 5. Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros. Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio.

⁴³ 1. La propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada, con la excepción establecida en el apartado 2.

⁴⁴ 1. Si la propuesta de convenio ofreciese a todos los acreedores o a los de alguna clase la facultad de elegir entre diversas alternativas, deberá determinar la aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección. ...

- d) El examen del plan de pagos, expresión simple y concepto complejo, requiere conocimientos especializados y cuidadosa atención, pues la información que proporciona la contabilidad debe ser objeto de estudio, es decir, los documentos contables deben ser analizados para conocer la situación patrimonial, financiera y los resultados de la empresa, si el concursado fuese empresario. El diagnóstico sobre la situación económico-financiera de la empresa es imprescindible para su planificación estratégica. El balance proporciona información estática, referida a un momento concreto de la actividad empresarial, normalmente al final de cada ejercicio económico. La cuenta de pérdidas y ganancias recoge la faceta económica correspondiente a un período de tiempo concreto, a lo sumo de doce meses. En el análisis de los estados financieros (balance y cuenta de pérdidas y ganancias) se utilizan diversos instrumentos: porcentajes, números índice, coeficientes, ratios, etc.

Para el análisis del balance⁴⁵, se acude a modelos acuñados por la doctrina, del siguiente tenor: 1) Se denomina **Fondo de Maniobra** el exceso del activo circulante sobre el pasivo circulante. El Fondo de Maniobra, también denominado fondo de rotación, está formado por la parte de los recursos permanentes, cualquiera que sea la procedencia, necesarios para realizar de manera continuada las operaciones corrientes de la empresa, fundamentalmente relacionadas con la explotación. Se define, por lo tanto, como la parte del activo circulante financiada por recursos a largo plazo (activo circulante menos pasivo circulante). Es sinónimo de Capital Circulante; 2) El **Estado de Origen y Aplicación de Fondos** proporciona información sobre las inversiones realizadas y sus fuentes de financiación, con capitales propios o ajenos, así como sobre si la actividad ordinaria de la empresa es capaz de generar recursos suficientes para autofinanciarse o no; 3) El **Cuadro de Financiación** informa sobre la procedencia de los recursos financieros empleados por la empresa para financiar sus operaciones corrientes; 4) El **Estado de Tesorería** recoge las entradas y salidas que se producen durante un periodo determinado. Se denomina también estado de cash flow o de flujos de caja y permite evaluar la capacidad de la empresa para generar liquidez, así como las fuentes de dicha liquidez: operaciones de explotación, de inversión o de financiación.

⁴⁵ GOXENS ORENSANZ, M.^a Angeles y GAY SALUDAS, José M.^a, *Análisis de los Estados Contables (Diagnóstico económico-financiero)*, Madrid, Prentice Hall Iberia, 2000.

La información precedente ayuda en la preparación de otro documento de importancia en la gestión empresarial: el **Estado Previsional de Tesorería** (presupuesto), que estima el comportamiento de los cobros y pagos durante el porvenir, a corto o largo plazo⁴⁶; 5) El **Cash Flow Económico**, distinto del anterior, informa sobre el beneficio neto de la empresa más las amortizaciones, es decir, del excedente financiero generado por la actividad empresarial; 6) El **Equilibrio Financiero** se logra cuando la empresa es solvente, es decir, cuando no tiene dificultades para hacer frente a sus deudas. En relación con el equilibrio financiero se encuentra el coeficiente de endeudamiento y el apalancamiento financiero.

La cuenta de pérdidas y ganancias proporciona información sobre la situación económica de la empresa y presenta datos relevantes sobre el resultado de la explotación, el resultado financiero, el resultado de actividades ordinarias, el resultado extraordinario, el resultado antes de impuestos y después de impuestos, es decir, el resultado neto (beneficio o pérdida). Dichas magnitudes son consecuencia de la comparación de los ingresos y los gastos, en distintos niveles o escalones, con el detalle que proporcionan los grupos 6 y 7 del PGC. El estudio de la rentabilidad empresarial se realiza por comparación de los resultados con otros parámetros, como el activo real, la financiación propia o las ventas netas, para obtener el correspondiente porcentaje. Para determinar el **umbral de rentabilidad**, punto de equilibrio o punto muerto, como se denomina indistintamente, es preciso desglosar los gastos de explotación, en fijos (estructurales) y variables (proporcionales al volumen de ventas). Pues bien, se alcanza el umbral de rentabilidad cuando la empresa no produce beneficios ni pérdidas, es decir, cuando las ventas netas igualan la suma de costes fijos y variables. El **margen bruto** se identifica con el valor añadido de la empresa en el modelo de cuenta de pérdidas y ganancias analítica, que se incorpora con el núm. 21 del contenido de la memoria en el citado Plan General de Contabilidad (Cuarta Parte). El margen bruto se determina por la diferencia entre las ventas netas y su coste. A este «**resultado bruto**» se llega restando de la cifra de negocios (art. 191 del TRLSA y Norma 9.^a, para la elaboración de las Cuentas Anuales, del mencionado PGC - Cuarta Parte) las compras netas (60), la variación de exis-

⁴⁶ N. A. A. Research Report 38, *Cuadernos de Alta Dirección*. «Flujo de caja y el control de la dirección», Ibérica Europea de Ediciones, S. A., Madrid, 1969, págs. 67-73.

tencias (61), determinados gastos externos de explotación (62), otros tributos (631) y otras pérdidas en gestión corriente (659). En resumen, el **valor añadido** es una magnitud económica que representa la diferencia entre el *output* (valor de la producción vendida o cifra de negocios) y los *inputs* (consumo de adquisiciones exteriores), según los profesores Gallizo Larraz y González Pascual⁴⁷. El **resultado de actividades ordinarias** es diferente que el margen bruto o valor añadido, si lo identificamos con resultado bruto de actividades ordinarias, al que se llega, en la referida cuenta de pérdidas y ganancias analítica, deduciendo del valor añadido los gastos de personal y los arrendamientos, las dotaciones para amortizaciones de inmovilizado, las insolvencias de créditos y la variación de las provisiones de tráfico, así como los resultados financieros, fundamentalmente. En el modelo de cuenta de pérdidas y ganancias normal y abreviada, los beneficios de actividades ordinarias son el resultado positivo que se obtiene de la comparación entre los ingresos de explotación (importe neto de la cifra de negocio más otros ingresos), más los ingresos financieros, y los gastos de explotación (consumos, gastos de personal, amortizaciones y otros), más los gastos financieros.

Comprenderá el lector, si no está familiarizado con esta disciplina, las dificultades de evaluar la propuesta de convenio en atención al plan de pagos.

- e) Examen del plan de viabilidad, en su caso, es decir, en el supuesto previsto en el citado art. 100.5: *«Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros»*. Me parece que para valorar adecuadamente el plan de viabilidad de un profesional o de una empresa se requieren, al igual que en caso anterior, conocimientos especializados, pues la evaluación de la solvencia y la predicción de la evolución económico-financiera de la empresa puede intentarse mediante la utilización de técnicas basadas en modelos univariantes

⁴⁷ GALLIZO LARRAZ, José L. y GONZÁLEZ PASCUAL, Julián, «Una interpretación económica y financiera de los márgenes intermedios de gestión», en *Ensayos sobre contabilidad y economía. En homenaje al profesor Angel Sáez Torrecilla*, Madrid, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1996, Tomo I, págs. 389-411.

(tradicionales, pero descartados por las limitaciones que adolecen, según el profesor González Pascual⁴⁸) o con el empleo de modelos que basan su formulación en múltiples variables, que identifican los profesores Gallego, Gómez Sala y Yáñez⁴⁹ en cuatro técnicas: «*análisis discriminante múltiple (Altman, 1968), modelos de probabilidad condicional (Ohlson, 1980), particionamiento recursivo (Frydman, Altman y Kao, 1985) y redes neuronales (Odom y Sharda, 1990)*». Otros autores han realizado estudios del máximo interés, a saber: los profesores Gómez Bezares y Jordano Pérez⁵⁰, mediante interrelación de variables económico-financieras; los profesores Gonzalo Angulo y Gabás Trigo⁵¹, al analizar el principio de gestión continuada, acuden a modelos y teorías sobre predicción de la insolvencia, con la presentación de modelos univariantes retrospectivos, modelos multivariantes retrospectivos y modelos prospectivos. El profesor Gabás Trigo⁵² plantea la utilización de determinadas técnicas de análisis de la información contable, orientadas a la predicción de la solvencia o éxito empresarial, y explica los diversos métodos de evaluación de la solvencia (modelos univariantes, modelos multivariantes y modelos de simulación financiera⁵³) para concluir con un trabajo de investigación empírica. Los profesores García Martín y Fernández Gámez⁵⁴ analizan la evolución de la solvencia y de la rentabilidad de la empresa española entre

⁴⁸ GONZÁLEZ POVEDA, Julián, *Análisis de la empresa a través de su información económico-financiera*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2002, págs. 168-169.

⁴⁹ GALLEGO, Ana M., GÓMEZ SALA, J. Carlos y YÁÑEZ, Leonardo, «Modelos de predicción de quiebras en empresas no financieras», *Actualidad Financiera*, mayo 1997, págs. 3-14.

⁵⁰ GÓMEZ BEZARES, Fernando y JORDANO PÉREZ, Juan, *Diagnóstico, previsión y control en la empresa (mediante interrelación de variables económico-financieras)*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1982.

⁵¹ GONZALO ANGULO, José Antonio y GABÁS TRIGO, Francisco, «El principio de gestión continuada» en *Lecturas sobre principios contables*. Coordinador: José L. Cea García. Monografía núm. 13 de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, 1989, págs. 233-260.

⁵² GABÁS TRIGO, Francisco, *Técnicas actuales de análisis contable. Evaluación de la solvencia empresarial*. Madrid, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1990.

⁵³ En estos últimos, si el modelo de simulación financiera es tan amplio, que contiene la totalidad de los flujos financieros de la empresa, en una proyección a largo plazo, puede proporcionar información sobre la capacidad de una empresa para reembolsar sus obligaciones de pago (convenio), es decir, puede permitir verificar el grado de cumplimiento del plan de pagos, comentado en el apartado anterior.

⁵⁴ GARCÍA MARTÍN, Vicente y FERNÁNDEZ GÁMEZ, Manuel, *Solvencia y rentabilidad de la empresa española (estudio teórico-empírico)*. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1992.

1983 y 1990. En la monografía publicada por la AECA⁵⁵ se presentan los trabajos sobre predicción de la insolvencia empresarial, realizados por los profesionales y profesores universitarios siguientes: Francisco Gabás Trigo, José Luis Martín Marín, Remedios Ramírez González, Alejandro Larriba Díaz-Zorita, Francisco Javier de la Cruz González, Domingo García Pérez de Lema, Antonio Calvo-Flores Segura y Antonio Arques Pérez. La información contable expresada en flujos de tesorería sirve a la predicción del fracaso empresarial, según el profesor Lizarraga Dallo⁵⁶, con base en el análisis de los ratios financieros obtenidos de las cuentas anuales de una determinada muestra de medianas empresas, mediante el siguiente proceso: a) análisis univariante; b) análisis factorial de componentes principales; y, c) estimación de modelos multivariantes. Tras observar la alta capacidad univariante en algunos de los *ratios* analizados, así como que los indicadores de rentabilidad de activos y endeudamiento presentan síntomas claves del fracaso empresarial, el citado profesor Lizarraga concluye que la situación de las empresas españolas, cuando acuden a la apertura de un procedimiento de suspensión de pagos, en la mayoría de los casos, es de avanzado deterioro, con fuertes niveles de descapitalización y escasa capacidad para generar ganancias, por lo que la detección del fracaso de las empresas es posible con la utilización de información derivada de los estados contables tradicionales, siempre que ésta sea debidamente tratada y seleccionada, lo que permitirá el análisis de las posibilidades de predicción de la crisis empresarial *versus* viabilidad. Cantera Sojo y Farrás i Corominas⁵⁷ recomiendan el diagnóstico integral de la empresa (DIE), previo a la preparación de un plan de urgencia (PUR), que permitirá confeccionar el plan estratégico de reconducción (PER), es decir, el plan de viabilidad.

Creo que puede sistematizarse el análisis del plan de viabilidad, presentado por el concursado, si se considera que el desequilibrio económico de la empresa puede observarse desde las siguientes vertientes:

⁵⁵ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS. *Predicción de la insolvencia empresarial*. Coordinada por Antonio Calvo-Flores Segura y Domingo García Pérez de Lema. Madrid, 1997.

⁵⁶ LIZARRAGA DALLO, Fermín, «Los flujos de tesorería en la predicción del fracaso empresarial», *Actualidad Financiera*, abril 1997, págs. 73-93.

⁵⁷ CANTERA SOJO, José Miguel y FARRAS I COROMINAS, Joan, *Estudio de empresas en crisis y elaboración de planes estratégicos*. Madrid, Consejo General de Colegios de Economistas de España, 1988.

- 1) Tráfico mercantil: a) disminución de ventas; b) aumento de existencias por obsolescencia, etc.
- 2) Disminución del margen comercial, por reducción de precios o aumentos de costes, etc.
- 3) Financieros: a) incremento de los gastos de descuento de efectos; fondo de maniobra negativo; aumento de la morosidad, etc.
- 4) Inmovilizado: dificultad de renovación de maquinaria y equipos industriales; bienes de inversión ociosos, etc.
- 5) Recursos humanos: a) bajo rendimiento laboral; b) absentismo; c) exceso de plantilla laboral, etc.

5.3. *Plan de liquidación*

El artículo 148 establece: «1. ...*la administración concursal presentará al Juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos. ...*»

El profesor González Pascual⁵⁸ estudia, entre otros aspectos, el papel que debe jugar la contabilidad en el marco de un procedimiento concursal moderno y considera que debe servir de base para determinar la masa activa de la quiebra: «*Cuando las posibilidades de avanzar en el camino de la aproximación de posturas enfrentadas entre deudor y acreedores desaparecen, o ni siquiera ha habido oportunidad de confrontarlas, entonces se puede abrir la vía de la liquidación, cuyos efectos serán más perniciosos para la propia empresa, acreedores, trabajadores y resto de entidades relacionadas con la quebrada. El proceso que se abre en estos casos debe tener como objetivo la liquidación de la empresa que tratará de enajenar las inversiones para resarcir, con la liquidez proporcionada, una parte de las deudas en la forma establecida por la legislación. El paso previo al proceso de liquidación consistirá en la formación de la masa de la quiebra, que estará constituida por el conjunto de bienes y derechos de la empresa que resultan ejecutables en la liquidación, así como el conjunto de acreedores cuyas deudas deberemos resarcir. La cuantificación de estos elementos constituye una ardua tarea que abarcará la adición y eliminación de bienes, derechos y deudas, como consecuencia de una depuración del ba-*

⁵⁸ GONZÁLEZ PASCUAL, Julián, «El papel de la contabilidad en el ámbito jurídico: Especial referencia a los procesos concursales», IX Encuentro de Profesores de Contabilidad, «La contabilidad ante el nuevo milenio», Las Palmas de Gran Canaria, mayo del año 2000.

lance motivada por la aplicación de la retroacción, o simplemente de la aplicación de la normativa civil vigente en materia de obligaciones, embargos, ejecuciones, tercerías de dominio, etc. El punto de partida de todo el largo recorrido, que supone la formación de la masa, estará no sólo en el balance referido al momento de la liquidación sino también en la contabilidad de los últimos años a los que deba circunscribirse la retroacción. Los ajustes y eliminaciones que procedan siempre deberán aplicarse sobre la información que contenga el mencionado balance y contabilidad».

En resumen, los administradores concursales deben partir del inventario de la masa activa, anexo a su informe ex art. 75.2.1.º, al que incorporarán los bienes y derechos fruto de las acciones de reintegración o de impugnación (artículos 71 a 73), debidamente valorados, para preparar el plan de liquidación, es decir, su realización individualizada o por lotes, en su caso, bien por unidades de producción o como conjunto de explotación industrial, cuando de empresas se tratase, por el método de venta directa o a través de entidad especializada (arts. 640-642 LEC), bien en subasta pública (arts. 643-675 LEC) o notarial, e indicando el calendario previsto para su ejecución.

«2. Durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la Secretaría del Juzgado el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación. Transcurrido dicho plazo sin que se hubieran formulado, el Juez, sin más trámite, dictará auto declarando aprobado el plan y a él habrán de atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa. En otro caso, la administración judicial informará, en el plazo de diez días, sobre las observaciones y propuestas formuladas y el Juez, según estime conveniente a los intereses del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones en función de aquéllas o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. ... 3. Asimismo el plan de liquidación se someterá a informe de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación, aplicándose lo dispuesto en el apartado anterior, según que se formulen o no dichas observaciones o propuestas».

Se da traslado de dicho plan de liquidación al deudor y a los acreedores personados, así como a los trabajadores, en su caso, para alegaciones. No me parece acertado el tono imperativo, cuando no se hubiesen formulado observaciones o propuestas: *«el Juez, sin más trámite, dictará auto declarando aprobado el plan y a él habrán de atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa»*, pues debiera respetarse la opinión del Juez.

5.4. Calificación del concurso

«1. Procederá la formación de la Sección de calificación del concurso: 1.º. Cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años; 2.º. En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación. 2. El concurso de acreedores se calificará como fortuito o como culpable...» (art. 163).

Aunque se trata de una materia del máximo interés para el concurso, he agotado el espacio que me han reservado, así que queda a la decisión del Director de la Revista su posible inclusión en un número posterior.

5.5. Rendición de cuentas

Artículo 181. «1. Se incluirá una completa rendición de cuentas, que justificará cumplidamente la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas, en todos los informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso. Igualmente se informará en ellos del resultado y saldo final de las operaciones realizadas, solicitando la aprobación de las mismas. 2. Tanto el deudor como los acreedores podrán formular oposición razonada a la aprobación de las cuentas en el plazo de quince días a que se refiere el apartado 2 del artículo 176. 3. Si no se formulase oposición, el Juez, en el auto de conclusión del concurso, las declarará aprobadas. Si hubiese oposición, la sustanciará por los trámites del incidente concursal y la resolverá con carácter previo en la sentencia, que también resolverá sobre la conclusión del concurso. Si hubiese oposición a la aprobación de las cuentas y también a la conclusión del concurso, ambas se sustanciarán en el mismo incidente y se resolverán en la misma sentencia, sin perjuicio de llevar testimonio de ésta a la Sección segunda. 4. La aprobación o la desaprobación de las cuentas no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales, pero la desaprobación comportará su inhabilitación temporal para ser nombrados en otros concursos durante un período que determinará el Juez en la sentencia de desaprobación y que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años».

En la **quiebra**, resulta obligado para el depositario, por el contenido de sus funciones de administración de bienes ajenos, la rendición de cuentas ante el juzgado, que deberá ser informada por el comisario (art. 1082 del viejo C. de C.), previa audiencia de la sindicatura (art.

1185 LEC, por remisión del art. 1356 de la LEC). Interesa sobremanera la observación de Moreno Murciano⁵⁹: «*El depositario debe rendir cuenta definitiva de su gestión (formal y justificada, dice el art. 1082 C. de C. de 1829) a los síndicos dentro de los quince días siguientes a su cese, que se producirá el mismo día en que dichos síndicos tomen posesión de su cargo y les haga entrega de la administración y de los bienes puestos bajo su custodia*». Igualmente, resulta obligada, como consecuencia de su propia gestión, la rendición de cuentas de la sindicatura (art. 1364 de la LEC, que se remite a las disposiciones de los artículos 1134 y 1135 del primer C. de C.). Los síndicos rendirán cuentas a la junta de acreedores, al finalizar la liquidación, o al quebrado, en el supuesto de haberse pagado a todos los acreedores o si se aprueba el convenio (arts. 1134 y 1160 del viejo C. de C.). En ambos supuestos, la única forma responsable, profesionalmente, de presentar esta rendición de cuentas, requiere de los síndicos la llevanza de la contabilidad de las operaciones realizadas, para presentar el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria, es decir, las cuentas anuales o los estados financieros intermedios, que entregarán con sus justificantes al juzgado o al quebrado, según proceda.

De nuevo, en el nuevo concurso, debo echar en falta la ausencia de rigor contable, pues quien administra bienes ajenos, y este es el caso de los administradores concursales, debe rendir cuentas de forma profesional, es decir, previa llevanza de una ordenada contabilidad para la presentación de documentos contables (cuentas anuales o estados financieros intermedios), a la que vienen obligados, cuando el deudor es empresario y ha sido suspendido, ex repetido art. 46.

⁵⁹ MORENO MURCIANO, Honorato, *Procedimiento de quiebras*. Barcelona, José María Bosch, 1999, pág. 241-242.

FORMACION DE LA MASA PASIVA. RECONOCIMIENTO Y CLASIFICACION DE CREDITOS EN LA REFORMA CONCURSAL CON ESPECIAL CONSIDERACION DE LOS CREDITOS SALARIALES

Prof. Dr. D. Emilio González Bilbao

Profesor de Derecho Concursal
Universidad de Deusto

Sumario: Objetivo del presente trabajo. 1. Reflexión sobre los bienes tutelados en el derecho concursal actual. 1.1. Evolución histórica. 1.2. Finalidad del concurso: óptima satisfacción de todos los acreedores a través de la continuidad de la empresa. 2. Comunicación y reconocimiento de créditos. 2.1. Situación vigente. 2.2. Regulación del Proyecto de Ley. 2.3. Evaluación crítica. 3. Clasificación de créditos. 3.1. Créditos contra la masa. 3.2. Créditos concursales. a. Acreedores con privilegio especial. b. Acreedores con privilegio general. c. Créditos subordinados. 4. Especial consideración de créditos salariales. 4.1. Contextualización. a. Función social del salario. b. Universalidad / Derechos de ejecución separada. c. ¿Derecho absoluto de los trabajadores sobre determinados bienes? d. ¿Han de existir límites cuantitativos al privilegio salarial? e. Régimen de los créditos de alta dirección. f. ¿Se puede evitar el nacimiento de los créditos salariales? 4.2. Regulación anterior a la reforma. 4.2.1. Super-privilegio. 4.2.2. Derecho de Separación. 4.2.3. Privilegio general salarial. 4.3. Convenios internacionales informadores del privilegio salarial en casos de insolvencia. 4.4. La nueva situación en la Reforma Concursal. 4.4.1. Créditos contra la masa. 4.4.2. Crédito refaccionario. 4.4.3. Crédito privilegiado general. 5. Conclusiones. 1.^a. Acceso universal del crédito al concurso. 2.^a. Sujeción y limitaciones de los acreedores con privilegio especial. 3.^a. Postergación de los acreedores vinculados con el deudor. 4.^a. Crítica al trato preferencial de los acreedores públicos. 5.^a. Conveniencia de limitar temporalmente el privilegio salarial. 6.^a. Propuesta satisfactoria en el caos de la vigente regulación.

Objetivo del presente trabajo

En el momento pre-legislativo actual, sólo se puede presentar un avance sobre los temas apuntados en el título. No podemos olvidar la necesaria comparación con la situación concursal vigente y otras normas comunitarias que incidirán en la nueva regulación. Pero antes de

entrar en el análisis de los contenidos pre-legislativos parece conveniente trascender al plano del pensamiento, de lo que son y para lo que sirven las cosas, y en nuestro caso, de los bienes jurídicos tutelados en la proyectada reforma concursal. Sin esta reflexión previa y aplicada en los temas de este artículo, nos veríamos privados de las conclusiones que se expresan al final del trabajo.

Con estas premisas nos adentraremos en el futuro acceso universal de los acreedores al concurso mediante *la comunicación y reconocimiento de créditos*, la ordenación de los mismos a través de la antigua junta de graduación, hoy *clasificación de los créditos*, mucho más sencilla. Y por último, se realizará una especial consideración sobre los créditos salariales, su situación vigente, y la futura reforma proyectada.

1. Reflexión sobre los bienes tutelados en el Derecho Concursal actual

Conviene centrar esta materia con la evolución de los bienes que son objeto de tutela por esta área del Derecho. Así llegaremos a identificar los fines del Proyecto de Ley concursal y cómo se traducen en la fisonomía del concurso y en su articulado al amparo de la repetida expresión «*en interés del concurso*», en base al cual se exigen sacrificios a los acreedores y se ordena el proceso concursal.

1.1. Evolución histórica

Antes del Derecho Romano, se seguía una ejecución personal contra el deudor. Así, se le entregaba en esclavitud a sus acreedores para que, con su trabajo, pudiera satisfacer las deudas que había dejado impagadas. Ya en el Derecho Romano se formulan las primeras instituciones dirigidas a realizar una ejecución no de tipo personal, sino centrada en el patrimonio, siendo, por tanto, una ejecución real sobre los bienes del deudor. Así nacen instituciones como la *bonorum venditio*, *cessio bonorum* o *missio in possessionem*, propias de esa época¹.

Ya en nuestro ordenamiento jurídico, se recoge, en la Codificación, un principio que es el principal —y muchas veces único— interés tutelado por el Derecho Concursal, cual es *la satisfacción de los acreedores*. Con este fin, el ordenamiento jurídico disciplina una serie de normas procesales y sustantivas tendentes a concretar y satisfacer dicho interés de cobro de los acreedores. Pues bien, puede suceder que

¹ D'ORS, Alvaro, *Derecho privado romano*, EUNSA, Pamplona, 1977, págs. 152 y ss.

aún con idéntico interés a satisfacer (pago a los acreedores) se dicten opciones distintas que por su formulación diferente consigan equilibrar también otros intereses hasta ahora olvidados. La satisfacción de los acreedores puede lograrse de diferentes maneras. Nuestro pre-legislador dispone una opción conciliadora de los intereses que concurren en el procedimiento. El interés de los acreedores se ha de proteger en coordinación otros elementos como el interés del deudor y otros implicados.

Con el paso del tiempo, los intereses tutelados evolucionan y también la sociedad cambia en su dinámica económica y de mercado². En concreto, en los años ochenta se detecta un aumento del interés social como elemento a tutelar por el Derecho Concursal. A resultas de esto, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 propuso un único procedimiento concursal con tres soluciones: una primera y mejor solución de convenio —la más dulce, cómoda y buena para una situación de crisis temporal—, una segunda solución de gestión controlada en la que se pudiera ofrecer un cauce de salvamento a las empresas a través del control de su gestión y reorganización, y por último, como es obvio, la solución liquidatoria, considerada la más lesiva para los acreedores.

Por tanto, en esa época —los años ochenta— aparece un elemento social a proteger, que se concreta en esa continuidad de la empresa en funcionamiento a través de su reorganización. Pensemos en la época de la reindustrialización y declive de importantes empresas de sectores de actividad como la siderurgia, sector naviero o minería que se ubican en determinados territorios, donde se causa un efecto social importante por el perjuicio que supone para todo el tejido empresarial de la zona. A través de la tutela a la empresa como unidad de producción, se fomenta el empleo y se intenta a conseguir mantener la riqueza social que la empresa representa.

Pues bien, esta línea de protección del interés social que apareció en España en 1983 también se sigue en otros países de la Unión Europea. En concreto, en Francia, la Ley de 1985 establece una jerarquía de intereses tutelados por el Derecho Concursal, que es la siguiente: en primer lugar; la conservación de la empresa, en segundo el empleo y, por último, y por este orden jerárquico; la satisfacción a los acreedores.

² GIRÓN TENA, José, «Los institutos concursales en el anteproyecto de Ley Concursal: Sus funciones y relaciones», en *La Ley*, 1984-2, 1227 y ss. Cita este autor que «conviene recordar que los institutos jurídicos mercantiles y, entre ellos, los concursales, se han ido produciendo, en una conformación histórica de siglos, en interrelación entre evolución de la estructura socio-económica y necesidades que presenta y en fases de autorregulación por los propios comerciantes y, más tarde, a partir del siglo XIX y de la estatalización general del Derecho, por el Estado.»

Significa esto que el legislador señala a los acreedores que se esperen, que aguanten su crédito y que luego se verá si se les puede pagar, una vez se resuelvan los problemas relativos al empleo y al mantenimiento de la empresa³. Este planteamiento responde a una época determinada en la que predomina una tendencia a la protección social y se plasma en los ordenamientos jurídicos de esas fechas.

Por ello, se ha de valorar, también, el momento actual para considerar los elementos tutelados en nuestra reforma concursal. La sociedad ha evolucionado en el tiempo, mucho más la nuestra por la arcaicidad de sus normas. Pero fundamentalmente, en estos últimos años, se ha producido una aceleración de la actividad económica y de las formas de consumo que modula los intereses que la sociedad quiere tutelar. Quizá el empleo y la protección social del Estado de Derecho no sea el mayor interés en este momento, aunque sin duda nuestra Constitución recoge una serie de principios protectores de esta función.

1.2. *Finalidad del concurso: óptima satisfacción de todos los acreedores a través de la continuidad de la empresa*

El pre-legislador no es explícito respecto a la finalidad de la reforma concursal. Se contiene en la Exposición de Motivos una única mención expresa y no razonada de los objetos o bienes jurídicos tutelados. En concreto, en el apartado II, párrafo cuarto, se menciona —al hilo de otra afirmación— *que la satisfacción de los acreedores es la finalidad esencial del concurso*. La mención de esencia permite considerar otros intereses a tutelar. La elección de los fines a tutelar por el Derecho Concursal impregna toda la normativa positiva al respecto y se traduce en diferentes medidas en relación a los diversos apartados y operaciones inherentes a todo proceso concursal.

En mi opinión, la finalidad de la reforma concursal se podría completar y matizar con el siguiente desarrollo: *su finalidad es la óptima satisfacción de todos los acreedores a través de la continuidad de la empresa, bien mediante la solución de convenio cuando la empresa fuera viable, o de liquidación en bloque de la misma, en otro caso. Y para tratar de acreditar la veracidad de este interés tutelado hemos de*

³ BELTRÁN, Emilio, «El nuevo derecho concursal francés (la Ley de 25 de enero de 1985 relativa al “redressement” y la liquidación judicial de la empresa)», en *La Ley*, 1985-2, págs. 1113 y ss, quien señala «... tender a conservar la empresa y mantener el empleo como intereses dignos de mayor tutela que el de los acreedores. El pago a los acreedores —móvil hasta hoy de los procedimientos concursales— cede el paso a la conservación de la empresa y a la protección de los trabajadores.»

considerar las normas que dicta el legislador en esta labor de composición de la empresa en crisis y de los diversos intereses que concurren.

Veamos algunos rasgos que conforman la *fisonomía del concurso* y nos llevan a ratificar esta conclusión.

- Administración eficiente:*** que se traduce en una rápida y profesional gestión del concurso mediante la designación de un órgano colegiado que acoge en su seno a profesionales complementarios del mundo del Derecho y de la auditoría junto a la representación de acreedores, quienes pierden su papel preponderante de la quiebra. La rápida gestión se traduce en plazos de cumplimiento de sus tareas y sujetos a penalidad, lo que indudablemente ayudará a la celeridad del procedimiento
- Acceso universal y protección de todos los acreedores en el concurso:*** la formación de la masa pasiva se verifica con todos los acreedores conocidos y no sólo con aquellos que insinúan su crédito y lo comunican a los órganos concursales. Se obliga a la administración judicial a incluir a todos aquellos que resulten de la documentación del deudor. Es una medida de protección al crédito porque en el futuro en el pasivo estarán todos los acreedores, como se verá al tratar la comunicación de créditos.
- Facilitar la reorganización de las empresas mediante su realización como un todo de los establecimientos y explotaciones:*** se trata de la regla general de liquidación e informadora del concurso. Esta regla legal es supletoria cuando la administración judicial cuente con un plan de liquidación que, evidentemente, sea mejor que el criterio legal o cuando se estime más conveniente para los intereses del concurso. Por tanto, se fomenta una venta en bloque del establecimiento del deudor, con su maquinaria, mercaderías, fondo de comercio, cartera de clientes y con sus empleados. Normalmente esta compra interesará a empresas de la competencia y del sector de actividad de que se trate. Esta regla general legal de liquidación tiende a la continuidad de la empresa, su unidad cuando se pueda y la inclusión en la misma de los activos laborales.
- Protección del patrimonio del deudor, mediante la sujeción de acreedores con privilegio especial al concurso:*** y sometidos a medidas especiales *en interés del concurso*, evitando así, distorsiones que afecten a la *buena gestión del concurso*. Este tipo de acreedores, conocidos como *ex iure crediti* y algunos *ex iure domini*, es decir, aquellos que disponen de un derecho real sobre

determinados bienes o que tienen bienes de su propiedad en posesión del deudor en aquellos casos de reserva de dominio o arrendamiento financiero, todos ellos inscritos debidamente en los registros correspondientes, tenían la posibilidad de separar los bienes afectos del activo del deudor, y se mantenían al margen del proceso de la quiebra, bien mediante la separación de su bien o por el especial rango de su crédito. Sin embargo, en el Proyecto de Ley se disponen normas limitativas que afectan a estos acreedores con privilegio especial, quienes son acreedores concursales. Y entre estas medidas, se establece la *suspensión del inicio de un procedimiento de ejecución o del ya iniciado durante el plazo de un año* como máximo. Esta suspensión garantiza una buena gestión del concurso e impide una despatrimonialización inoportuna del deudor. Además, el Proyecto de Ley reconoce derechos al deudor en estas relaciones contractuales que dan origen a los privilegios especiales. En concreto, se permite a la administración judicial optar entre el *rescate del bien afecto o su realización*, así como una *rehabilitación de los contratos en determinados casos y condiciones*. Esta medida disciplina a los acreedores con privilegio especial a la buena gestión del concurso y, en definitiva, a favor de la protección del crédito globalmente considerado, con los consiguientes sacrificios para estos acreedores privilegiados especiales.

- ***Fomento de la solución de Convenio, pero con acceso restrictivo:*** Se promueve el convenio como solución a la crisis, pero las exigencias de control crean un cauce de muy difícil acceso. El plan de viabilidad del deudor, la evaluación de la propuesta por la administración, la apuesta firme de acreedores y terceros que aporten financiación con la perspectiva de que sus nuevos créditos tengan la consideración de subordinados, permite augurar un uso muy limitado de esta vía. Pero el Proyecto es coherente. Si hay convenio, que sea serio y con recursos⁴.
- ***Generalización de la liquidación, dado el extremo presupuesto objetivo:*** la insolvencia es el presupuesto objetivo en el que se encuentra el deudor cuando no puede cumplir sus obligaciones. Los datos externos que se apuntan para valorar una situación de crisis, permitirá que las empresas lleguen al concurso en fase de insolvencia importante y por tanto camino de la liquidación obli-

⁴ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS, *Predicción de la insolvencia empresarial*, coordinada por D. Antonio CALVO-FLORES SEGURA y D. Domingo GARCÍA PÉREZ DE LEMA, Madrid, 1997.

gatoria. Por un lado, por lo extremo del presupuesto objetivo y por otro lo restrictivo de la solución de convenio, parece que el concurso va a convertirse en un procedimiento rápido de enterramiento de cadáveres empresariales. Con esta perspectiva han de considerarse, también, las normas relativas a la responsabilidad personal de los administradores que se concretan en el concurso culpable.

—**Principio de continuidad de la empresa y vigencia de los contratos para preservar el empleo:** se mantienen los contratos vigentes con obligaciones recíprocas a pesar de la apertura del concurso, y en particular los contratos laborales. Cabe la rehabilitación de algunas operaciones de interés para la continuidad de la empresa. Y además, se tendrán por no puestas la cláusulas que establezcan la facultad de resolución la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes (art. 60). La no aparición de los créditos salariales es una medida preservativa para los acreedores ordinarios y el mantenimiento de la unidad de empresa.

—**Responsabilidad concursal por el déficit de pago a los acreedores:** se incorpora una nueva responsabilidad para los administradores de las personas jurídicas. Además del ejercicio de todas las acciones de responsabilidad frente a los administradores que puede iniciar la Administración judicial, se concreta con ocasión de la calificación culpable del concurso la posibilidad de extender a los administradores de hecho o de Derecho, y a quienes hubieran tenido esta condición en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, a pagar total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. Se abren así nuevas vías sustitutivas a la *retroacción* vigente como fórmula para atraer bienes al concurso.

A mi entender, el Proyecto presenta *una opción conciliadora y tuitiva de todos los intereses concurrentes —interés de los acreedores en conjunto, del deudor, de la composición de la empresa y de otros implicados—*. sigue una línea tradicional, pero con fórmulas distintas que fomenta la composición de la empresa cuando sea posible tanto en vía de convenio como de liquidación, protegiendo la buena gestión del concurso por la Administración judicial y arbi-trando sacrificios a los acreedores más privilegiados; todo ello en interés del concurso.

Con esta perspectiva, trataremos de identificar las medidas que adopta el legislador y que resultan de los fines presentados.

2. Comunicación y reconocimiento de créditos

En este apartado, trataremos la situación actual y las novedades que incorpora la regulación del Proyecto de Ley, para hacer, finalmente, una valoración crítica de las mismas.

2.1. *Situación vigente*

Los diversos procesos concursales en España delimitan distintas formas de reconocer a los créditos. Todas ellas, exigen un acto de insinuación o un acto voluntario del acreedor de comunicar su crédito al órgano concursal correspondiente. Esto significa que en el pasivo de una quiebra o de un procedimiento concursal no están todos los acreedores ni todo el pasivo, sino solamente aquellos que han presentado su crédito al órgano concursal correspondiente y han atendido o realizado la insinuación. Por ello, ante un pasivo real de mil, luego pudiera existir solamente setecientos de pasivo reconocido en el procedimiento concursal.

En la quita y espera civil, se toma como base el listado presentado por el deudor para formular el reconocimiento de créditos y en la suspensión de pagos, el informe del interventor sirve de base para el Auto de aprobación por el Juzgado de la lista definitiva de acreedores, que podría ser objeto de impugnación en su caso, si existe disconformidad.

Existen diferencias entre los procedimientos pensados para situaciones de insolvencia grave y aquellos otros pensados inicialmente para situaciones de iliquidez. En aquellos, el deudor con una insolvencia definitiva y con una situación patrimonial deficitaria respecto a las obligaciones comprometidas, el Código de Comercio regula, para el procedimiento de quiebra, y el Código Civil para el procedimiento de concurso vigente, que será la Junta de Acreedores el órgano que decida el reconocimiento de los créditos. Significa esto que se pone al deudor grave en manos de los acreedores, quienes se reúnen en una Junta para decidir el reconocimiento. En el futuro, se profesionaliza la tutela judicial y serán los expertos quienes señalan la cuantía y clasificación de cada crédito, sin perjuicio de la revisión judicial posterior en caso de oposición.

Necesidad de insinuación y comunicación

En la práctica, en todos los países de la Unión Europea se sigue el sistema tradicional de la insinuación y comunicación del acreedor al órgano concursal. De ahí resulta el término de «acreedor concurrente», entendiéndose como tal a aquél que se ha insinuado y comunicado su cré-

dito al órgano concursal. Sólo éstos serán convocados a las posteriores juntas de acreedores y al seguimiento del procedimiento concursal.

Acreedores morosos

Aquellos acreedores que no hayan realizado este acto voluntario de interés y de diligencia para la defensa de su crédito, serán obviados y olvidados en el procedimiento, y serán calificados como acreedores morosos. El acreedor moroso puede solicitar posteriormente, en determinada fase, el reconocimiento de su crédito, pero en este caso tiene una penalización y una sanción que se establece por Ley, consistente en la pérdida del privilegio que tuviere y, por otro lado, el reconocimiento se realizará a su costa⁵.

Hasta aquí, la situación vigente. A partir de ahora, señalaremos aquellos otros aspectos de la reforma concursal.

2.2. Regulación del Proyecto de Ley

El trámite de comunicación y reconocimiento de créditos tiene dos características fundamentales en el Proyecto de Ley. Por un lado, se inicia de manera automática y sin comunicación personal a los acreedores. Y por otro, se tutela el acceso universal de los acreedores al proceso concursal, con la obligación judicial de los administradores de incorporar al proceso a aquellos que obren en la documentación del deudor. Veamos esta secuencia:

- Inicio del plazo de comunicación*: se concede un plazo de un mes tras la última publicación oficial que prevé el artículo 22 en relación al 20.1.5.º, que consiste en la publicación en el Boletín Oficial del Estado y en un diario donde se sitúe el domicilio o el centro principal de los intereses del deudor.
- Un mes de plazo*: tras dicha comunicación comienza el plazo de un mes para que los acreedores acudan y realicen por escrito la comunicación de su crédito a la administración judicial.
- Decisión de inclusión o exclusión*: A continuación, y dentro del plazo correspondiente, los administradores judiciales tendrán que tomar la decisión de incluir y excluir a los acreedores. Para incluir a un acreedor, tendrán que identificar los datos que se men-

⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, «La quiebra: efectos sobre los créditos; la masa pasiva y el reconocimiento de créditos», en *Suspensión de pagos, quiebras e insolvencias punibles*, Juan HERNÁNDEZ MARTÍ (coordinador), Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, Vol. I, págs. 667-738.

cionan en el artículo 93.2 del Proyecto y, caso de excluir, deberán señalar las causas o motivos que la justifiquen.

- Inclusión obligatoria de los acreedores cuyos datos consten al deudor*: el artículo 85.1 prevé un sistema automático tomar una decisión por la administración judicial sobre todos los acreedores conocidos en el proceso concursal. Así, señala el texto que los administradores judiciales deberán tomar una decisión tanto de los acreedores que hayan comunicado expresamente su crédito como de aquellos otros que resultaren de los libros y documentos del deudor o constaren en el concurso.
- Impugnación a través del incidente concursal*: aquellos acreedores que no estén de acuerdo con su exclusión o reconocimiento por la administración judicial podrán realizar una impugnación a través del correspondiente incidente concursal que es la nueva pieza procesal rápida de solución de conflictos en el procedimiento del concurso.

Y la valoración de esta medida ha de conectarse con los bienes tutelados en el proceso concursal. Así, se favorece la protección del crédito a través del acceso universal de los acreedores al concurso. De igual manera, en el futuro no estarán sólo los acreedores que se insinúen en la masa, sino todos aquellos acreedores que sean conocidos o pudieran serlo, acorde a la documentación del deudor. Y esta medida resulta coherente con el principio informador del Derecho Concursal de la *pars conditio creditorum*, en el sentido de que exista un concurso o pluralidad de acreedores y que todos ellos estén protegidos a resultas del procedimiento concursal. Por tanto, se pasa del ejercicio de acciones individuales contra el patrimonio del deudor a una acción colectiva, universal y en la que se engloban todos los acreedores del deudor *ex officio* y por imperio de la Ley⁶. Entendemos que es una medida proteccionista de transparencia en el mercado y marcando una línea a seguir de futuro por otras legislaciones concursales.

2.3. Evaluación crítica

Nuestro legislador tiene que atemperar su proyectada reforma a la normativa comunitaria y en concreto al reciente Reglamento CE 1346/00, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia que entró en vigor

⁶ DÍEZ ARGAL, «La quiebra: formación de la masa pasiva. Graduación de los créditos. Realización de la masa activa. Calificación de la quiebra.», AA.VV., *Derecho Concursal*, pág. 455 y ss.; GARRIDO, «El sentido y los excesos de la tutela privilegiada del crédito en la quiebra», *Estudios Menéndez III*, pág. 3576 y ss.

el 31 de mayo de 2002. Esta regulación comunitaria responde a diversas finalidades que el mismo Reglamento explica. No vamos a ser exhaustivos en este apartado ni en sus trabajos preparatorios⁷, pero simplemente señalar que el Reglamento persigue una coordinación de los diferentes procedimientos nacionales, de tal manera que pudiera existir un procedimiento principal en aquel país en el que tuviera el centro principal de sus intereses el deudor y, por otro lado, se sigan otros procedimientos secundarios en aquellos lugares en los que tenga establecimiento y bienes el deudor. También se establecen medidas de protección de determinados acreedores, como los que gozan de derecho real, y cuyo derecho de cobro sobre el bien afecto se garantiza vía Reglamento comunitario. Esta regulación debe ser respetada por todos.

Pero en lo que a la comunicación de créditos se refiere, merece destacarse el mandato que el Reglamento comunitario ordena a los liquidadores, en nuestro caso, administradores concursales (hoy comisario, síndico o interventor) para que en aquellos procedimientos de insolvencia y de liquidación se informe a los acreedores con domicilio en otro Estado miembro del inicio del procedimiento concursal y los plazos que tienen para insinuar y comunicar su crédito. El Reglamento, en su artículo 40, indica que los liquidadores o el Juez del procedimiento concursal correspondiente, *deberá notificar de manera individualizada y personal a los acreedores con domicilio en otros Estados miembros del inicio del procedimiento concursal y de los plazos para la comunicación de su crédito y condiciones*. Y para ello, además, deberán utilizar un formulario que el propio Reglamento regula y que debe contener la mención «invitación al reconocimiento de crédito» (*invitation to lodge a claim*) en la lengua de todos los Estados miembros de la Unión Europea. De esta manera, el acreedor podrá comunicar y acompañar la documentación que soporte su crédito ante el órgano concursal correspondiente por escrito e incluyendo la mención de reconocimiento de crédito (*lodgement of claim*) en alguna de las lenguas del Estado donde se siga el procedimiento principal de insolvencia.

En definitiva, que el Reglamento (CE) 1346/00 ordena la comunicación individual y personalizada a los acreedores con residencia en

⁷ VALENS, J.L., «Le Droit européen de la Faillite: premiers commentaires de la convention relative aux procédures d'insolvabilité». *Recueil Dalloz Sirey*, 1995, 40.º, Cahier-Chronique, p. 307 y ss. También, BALZ, Manfred, «The European Union Convention on Insolvency Proceeding», Vol. 70, n.º 4, *The American Bankruptcy Law Journal*, 1996. p. 485 y ss.; CANDELARIO MACIAS, I., en «L'armonizzazione del Diritto Concorsuale nell' ambito dell' UE», n.º 2, *Rivista di Diritto Fallimentare e della società commerciali*, marzo-abril, 1999. 25 p.

otro Estado miembro, mientras que para los nacionales no se prevé ninguna medida de este tipo. No sería extraño pensar que el Tribunal garante de la Constitución ordene la comunicación individualizada también a los acreedores nacionales no sólo vía publicación. No obstante, esta falta de comunicación individualizada se corrige con la obligatoria incorporación de los acreedores *ex officio* por la administración judicial.

3. Clasificación de créditos

Se recoge en los artículos 83 en relación al 88 una primera distinción básica entre créditos contra la masa y créditos concursales. Unos son prededucibles y cobran antes del reparto y los otros están sometidos a la ley del dividendo, conforme a la *pars conditio creditorum*. Por su parte, el artículo 88 establece entre los concursales una división entre privilegiados por un lado, con una subdivisión entre especiales y generales, y los créditos legalmente postergados o subordinados por otro. Todos los demás no citados en los dos bloques anteriores constituyen el grupo de los acreedores ordinarios.

3.1. *Créditos contra la masa*

La tutela que el Derecho Concursal ofrece a los acreedores en garantía de la defensa colectiva de su crédito conlleva la integración en la masa de todos aquellos que fueren acreedores al momento del inicio del procedimiento concursal. Por tanto, siempre existe un antes y un después en el listado de acreedores. Los previos, acreedores anteriores al inicio del procedimiento concursal, se verán sometidos a la ley del dividendo y ordenados para su posterior pago en función de los criterios que el legislador previene. Sin embargo, hay otros acreedores que contratan y asumen sus compromisos con la masa, siendo conocedores del procedimiento del concurso que ya existe. Estos nuevos acreedores no hubieran convenido más compromisos con el deudor de saberse sometidos a la ley del dividendo, por lo que se convierten en créditos contra la masa al margen de los concursales. También se han incluido en este grupo aquellos gastos de administración y costas judiciales necesarias para el inicio y gestión del proceso concursal, comprendiéndose aquí también gastos y retribución de la administración, así como alimentos que se vea obligado el deudor a proporcionar y otras actuaciones que se desarrollen durante el procedimiento del concurso y que tengan por finalidad la protección del activo y la mejor gestión del concurso. En concreto, nos referimos en este punto a aquellos gastos oca-

sionados por la continuidad del ejercicio de la actividad, así como las obligaciones contraídas durante el procedimiento, y, por otro lado, aquellos actos en los cuales el órgano concursal o el Juez autorizan situaciones tales como la rehabilitación de contratos, rescisiones concursales o extinción colectiva de contratos de trabajo acordadas por el Juez del concurso. De igual manera, en el Dictamen de la Comisión publicado con fecha 1 de abril de 2003, se añade en la lista de acreedores contra la masa al superprivilegio de los trabajadores, conforme veremos más adelante.

Por último, también se encuentran entre los créditos contra la masa los créditos nacidos por Ley y los derivados de la responsabilidad extracontractual tras la apertura del concurso. En este punto, hemos de diferenciar entre acreedores que voluntariamente han concertado diversas operaciones civiles y mercantiles con el deudor frente a aquellos otros que sean acreedores «incidentales», cuyo derecho de crédito deriva de un acto extracontractual o de un acto delictivo o cuasi-delictivo del deudor. Para quienes no han concertado ninguna operación voluntariamente con el deudor, parece lógico que no estén sometidos a la ley del dividendo y se incluyan dentro de los acreedores contra la masa.

En cuanto al orden de pago de los créditos contra la masa, se indica en el Proyecto que estos acreedores serán pagados deduciendo de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer su crédito. Respecto al momento, el propio artículo 153.2 indica que se satisfarán a sus respectivos vencimientos. El apartado 3 señala que se realizará contra bienes que no se encuentren afectos al pago de los créditos privilegiados especiales. Se evita así una posible colisión entre los acreedores con privilegio especial y aquellos otros acreedores contra la masa en supuestos de contar con bienes suficientes para todos ellos. Cuando sólo existieren bienes afectos, se sigue el principio de la inmodificabilidad del crédito con derecho real respecto del bien afecto, que se tutela por el Reglamento CE antes citado.

3.2. *Créditos concursales*

Hay tres grupos, mediante una división en la que se especifica el contenido de los créditos privilegiados y de los legalmente subordinados, para remitir al grupo de los acreedores ordinarios a todos los demás que no se encuentren incluidos entre los primeros y los últimos acreedores⁸.

⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, «Prelación de créditos», *R.G.D.*, 1993, págs. 1279 y ss.

a. En los *acreedores con privilegio especial* nos encontramos a muchos de los acreedores que anteriormente tenían la condición de *ex iure domini* y a todos los *ex iure crediti*, bien unos por contar con una reserva de dominio con una titularidad registrada o un derecho real frente a un bien afecto los otros. Todos ellos gozan, conforme a la actual regulación, de un derecho de separación.

Por el contrario, en la futura *regulación se somete a los créditos con privilegio especial a determinadas limitaciones que no soportaban anteriormente*. Estas limitaciones se concretan, fundamentalmente, en una suspensión del inicio o de la continuación del procedimiento de ejecución de su bien afecto; supone una cesión a favor de la buena gestión del proceso concursal y la mejor realización de los bienes del deudor. Esta suspensión es vital para conseguir no perturbar el diseño de estrategias de solución colectiva o de realización colectiva de los bienes del deudor. No es dable que al de tres meses de concurso, se produzca la enajenación forzosa del principal del activo. Esta situación distorsionaría el resto de líneas de solución, venta en bloque o negociación con posibles compradores. Puede decirse lo mismo respecto a la maquinaria u otros elementos patrimoniales del deudor.

Existe una sujeción de los derechos de los acreedores con privilegio especial a la buena gestión del concurso; lo que antes no ocurría y que ha de *conectarse con la satisfacción de todos los acreedores a través de la continuidad de la empresa deudora* y sin interferencias como las ejecuciones individuales o la retirada de bienes por estar en situaciones de *leasing* o con reserva de dominio. A esta medida de suspensión de las ejecuciones individuales se añaden otras en las que se confieren determinados derechos al deudor y a la administración judicial en su nombre para ejercer en relación a estos contratos de acreedores con privilegio especial. Estamos en la posibilidad de la opción de cumplimiento o realización que estipula el artículo 154.2 respecto de los créditos por los cuales la administración concursal puede adoptar la decisión de continuar el cumplimiento de las obligaciones, garantizando para ello al acreedor el cobro de sus créditos e incorporándolos dentro de la masa activa, por puro interés empresarial, con el fin de la mejor realización de la empresa. Lo mismo respecto de la rehabilitación de contratos o de la posible subrogación del adquirente de manera forzosa en la carga que tenía el deudor. Por tanto, derivado de la *pars conditio creditorum* se establecen estas limitaciones para la protección del crédito en su conjunto.

También se incluyen en este grupo a los *créditos refaccionarios*, relativos a los trabajos de reparación, conservación o fabricación que go-

zan de la protección especial respecto a las obras realizadas. Tres razones motivan esta inclusión de los créditos refaccionarios. Tradicionalmente, la doctrina viene apoyando su condición de privilegio especial, por cuanto supone una mejora para el activo del deudor y, en definitiva, para el resto de los acreedores, habiéndose integrado la reparación o conservación en el propio bien del deudor. En segundo lugar, porque de otro modo se trataría de un enriquecimiento injusto y, por último por razones de política económica y de fomento de la actividad constructiva como beneficio para la sociedad en general.

En relación a los créditos refaccionarios y como se verá posteriormente, se ratifica aquí el derecho de separación vigente del artículo 32.2 del Estatuto de los Trabajadores con el debate ya zanjado de si entre los «*objetos elaborados*» se incorporan *los inmuebles «lugar de trabajo»* o solamente aquellos que hayan sido objeto de construcción por los trabajadores.

b. Veamos a continuación los *créditos con privilegio general* entre los que se encuentran los créditos salariales e indemnizaciones por despido, créditos públicos⁹ y el privilegio del acreedor instante del concurso, quien privilegia un 25% de la cuantía de su crédito.

Los créditos salariales cumplen una función social básica, por cuanto constituyen la única forma de ingresos de la mayoría de las personas y tienen un trato privilegiado muy similar al del actual régimen vigente. De igual manera, se ordena un privilegio general respecto de los salarios con una limitación del triple del salario mínimo interprofesional y las indemnizaciones por despido. En este apartado, señalar que no existe límite temporal alguno respecto de los salarios pendientes de cobro por los trabajadores.

De igual manera, el derecho de separación que se contenía anteriormente en el artículo 32.2 del Estatuto de los Trabajadores sigue vigente como crédito refaccionario dentro del grupo que dispone de un privilegio especial para afectar a determinados bienes a su derecho de cobro. En el caso de los trabajadores se refieren estos bienes que han sido elaborados por los trabajadores y que sean propiedad o estén en poder del empresario.

Los créditos públicos (Hacienda y Seguridad Social): se les concede un privilegio general de hasta el 50 % de la cuantía de su crédito. Existe una justificación lógica del interés público en la defensa de los

⁹ SAGRERA TIZÓN, «De la prelación de créditos en los procesos concursales (créditos a favor de la Hacienda Pública, de los trabajadores y de la Seguridad Social)», *R.G.D.*, 1992, pág. 11787 y ss.

ingresos colectivos respecto de las cuotas de seguridad social y tributarios, pero que necesita atemperarse. Cuando se diseña una reforma concursal ha de valorarse la conveniencia de limitar los privilegios que se otorguen a los créditos públicos, en beneficio también de los acreedores privados, es decir, acreedores de mercado¹⁰. Por ello, en los últimos ante-proyectos de Ley y propuesta de reforma de Ley Concursal se han considerado diversas limitaciones al privilegio de estos créditos. En concreto, en la *propuesta del profesor ROJO, de diciembre de 1995*, se establecía que los créditos tenían la consideración de privilegiados *hasta el 10% del pasivo* para todos los créditos públicos. La propuesta de la *Comisión General de Codificación, de mayo de 2001*, sigue esa misma línea y estableció *hasta un 10% del pasivo* el límite de los créditos públicos. Sin embargo, y ya en fase de influencias de los poderes económicos sociales y políticos, se modificó el privilegio de los créditos públicos hasta el 50% de la cuantía de su crédito. Estos créditos sufren, además, una limitación como consecuencia de la privación del derecho de ejecución separada¹¹ que ahora se continúa en el proceso del concurso.

Privilegio del acreedor instante el concurso: resulta una sorpresa para los conocedores del derecho comparado esta medida de privilegiar al acreedor que ha instado el procedimiento de concurso con carácter necesario para el deudor. Así, en este caso se concede un privilegio al acreedor instante de una cuarta parte de su importe, excepto que si tuviere el carácter de subordinado. En la propuesta de reforma concursal del profesor ROJO se extendía el privilegio del acreedor instante hasta la mitad de su cuantía. El legislador promueve y estimula fórmulas indirectas de anticipación temporal del inicio del procedimiento del concurso, de tal manera que el deudor no llegue en una situación de grave insolvencia al proceso concursal¹².

c. **Créditos subordinados**: los cuales se pagarán después de los ordinarios y son postergados aquellos acreedores que se encuentren especialmente vinculados con el deudor por relación de parentesco o societaria, así como aquellos otros derivados de sanciones (intereses, multas), y por falta de diligencia para el caso de los acreedores moro-

¹⁰ BOADA, «Los créditos de la Hacienda Pública en los procedimientos concursales», C.D.C., 15, 1994, pág. 243 y ss.

¹¹ GÓMEZ CABRERA, *La concurrencia del crédito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales*, Pamplona, 2000.

¹² GARRIDO, José María, «El privilegio del acreedor instante de la quiebra», en *Revista de Derecho Mercantil (RDM)*, núm. 206, Oct.-Dic. 1992, págs. 799 y ss.

sos. También se incluyen aquellos cuyo pago se haya diferido su posición al pago por pacto contractual; es el caso de los créditos participativos (pensados en su día para ofrecer ayudas a empresas en situación de reconversión) y que constituyen fondos propios, de modo que pasaban a un último lugar en el recobro del préstamo en caso de insolvencia¹³.

Llama especialmente la atención la regulación y postergación de las personas vinculadas con el deudor. Define la norma así a aquellas personas especialmente relacionadas con el deudor, que en el caso de las personas físicas se refiere a su familia más próxima, y en el caso de las personas jurídicas a los directores y socios o accionistas con determinados porcentajes de capital social.

Se plantean dudas sobre la posible constitucionalidad de esta medida. Así, se dictan presunciones *iuris et de iure* a fin de que dichas personas de proximidad y vinculación familiar o empresarial deben situarse en la cola de los acreedores y se les discrimina y perjudica su derecho de crédito desde esa posición. A nuestro entender, deberían rechazarse estos criterios de postergación, y tener acogida dentro de las acciones rescisorias, caso de existencia de perjuicio para la masa activa o para la masa pasiva en cuanto a la *pars conditio creditorum* de los acreedores. Por ello se podría precisar algo más el régimen de las acciones para perseguir actos perjudiciales contra el deudor.

Por último, también se regulan en este grupo de créditos subordinados aquellos acreedores que han actuado de mala fe y que han sido objeto de rescisión concursal aquellas operaciones concertadas por el deudor y que causan un perjuicio para la masa patrimonial del deudor en perjuicio de acreedores.

4. Especial consideración de créditos salariales

Es una materia especialmente sensible para las fuerzas sociales como sindicatos y otros grupos sociales. Para tratar la materia, se va a realizar una breve contextualización respecto a los créditos salariales. Seguidamente, se mostrará el régimen vigente derivado del Estatuto de los Trabajadores (artículo 32 ET). Y, finalmente, la nueva regulación, muy similar a la tradicional tal y como se ha citado anteriormente.

¹³ FLORES CABALLERO, Manuel y RIVERO MENÉNDEZ, José Angel, *Algunas reflexiones en torno a los préstamos participativos*, Tapia, marzo-abril de 1999, págs. 65-67.

4.1. Contextualización

a. FUNCIÓN SOCIAL DEL SALARIO

El salario es la única remuneración para muchas personas, que realizan su esfuerzo y actividad profesional y laboral en una empresa. La mayoría de las personas tienen como única fuente de ingresos su salario. Además, los trabajadores se encuentran desprotegidos frente a la empresa, al no contar con información respecto de su funcionamiento y de su situación financiera. De igual manera, los créditos salariales carecen de garantías reales, por lo que parece evidente una necesaria protección de dichos créditos de su salario y las indemnizaciones correspondientes. Esta función social ha sido tutelada por convenios internacionales, como el de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador.

Derivados de dicha función social, existen mecanismos de protección institucional de los créditos salariales a través del Fondo de Garantía Salarial, organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que se encarga del abono a los trabajadores del importe de los salarios pendientes de pago en situaciones de insolvencia, si bien con límites en lo que a los módulos salariales mínimos se refiere¹⁴.

La protección del salario justifica el privilegio del crédito salarial dentro del procedimiento de concurso. Parece innegable la necesidad de proteger y privilegiar créditos salariales.

B. UNIVERSALIDAD / DERECHOS DE EJECUCIÓN SEPARADA

Ante la insolvencia de un deudor, el ordenamiento jurídico dicta normas para establecer un procedimiento universal donde acudan todos los acreedores, a fin de hacer efectivos, en la medida de lo posible, sus créditos. Esta finalidad de protección universal del Derecho Concursal exige un procedimiento en el que concurren todos los acreedores. Sin embargo, en ocasiones, los acreedores gozan de un privilegio especial de tal magnitud que se permite la ejecución separada de sus derechos de crédito al margen del procedimiento colectivo universal¹⁵. Tal circunstancia produce situaciones de incomunicación, a causa de las cua-

¹⁴ GONZÁLEZ-PALENCIA LAGUNILLA, Luis, «La intervención procesal del Fogasa, en los casos de empresas sujetas a procedimiento concursal. Las deudas de la masa», en *Revista Jurídica de Andalucía*, núm. 2, 1991, Reseña de C.F.H. *La Ley*, 1992-1, págs. 1126 y ss.

¹⁵ MANRIQUE LÓPEZ, Fernando, «Aspectos laborales de los procedimientos concursales», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. II, 2.ª época, abril-junio 1996.

les se están ejecutando bienes en otros Juzgados al margen del procedimiento universal, lo cual impide una visión global del procedimiento de crisis. *¿Deberían mantenerse estos privilegios de ejecución separada o, por el contrario, mantenerse una perspectiva global de la crisis a través de un único proceso, con un solo Juez, que permita ordenar las soluciones más adecuadas a la crisis del deudor? Veremos cómo responde la Reforma Concursal a estos planteamientos reflexivos que hemos venido realizando.*

C. *¿DERECHO ABSOLUTO DE LOS TRABAJADORES SOBRE DETERMINADOS BIENES?*

Si bien parece incuestionable la necesidad de conceder privilegio al crédito salarial, también ha de medirse el privilegio con respecto a otros acreedores que lo ostentan. Al carecer los trabajadores de garantías reales sobre bienes afectos en el derecho de cobro de sus créditos, parece que sí incorporan de su trabajo determinados bienes que son aquellos que produce la propia empresa y que han sido elaborados por los trabajadores. *¿Se puede establecer una cierta identificación entre el tiempo de trabajo de los trabajadores y los bienes que resulten de la fabricación de la propia empresa? ¿Sería posible afectar esas horas de trabajo de elaboración de aquellos objetos y productos de la empresa y vincularlos a la satisfacción del derecho de crédito de los trabajadores?*

D. *¿HAN DE EXISTIR LÍMITES CUANTITATIVOS AL PRIVILEGIO SALARIAL?*

Parece que se cumple la tutela de la función social del salario cuando el módulo protegido o la cuantía de protección privilegiada es la mínima de subsistencia según criterios que se establezcan por Ley. Pero sería gravoso para los demás acreedores que se privilegiasen los créditos salariales en toda su cuantía y que aquellos salarios muy altos gozaran de una protección privilegiada absoluta o cuasi-absoluta frente a los demás acreedores. Por ello, parece que ha de establecerse una escala de cuantías y de privilegios que permitan tutelar al trabajador y que no generen un privilegio absoluto que impida a otros acreedores acceder al cobro de sus créditos.

E. *RÉGIMEN DE LOS CRÉDITOS DE ALTA DIRECCIÓN (¿HAN DE MANTENER SU ESTATUS?)*

Los créditos de alta dirección acogen supuestos especiales en su relación laboral y comprenden actividades cualificadas con remunera-

ciones mucho más altas que las de los trabajadores en general. Además, suelen ser contratos blindados que tienen pactadas indemnizaciones muy altas para el supuesto de extinción de dichos contratos por la empresa¹⁶. ¿Se debería diferenciar entre los trabajadores asalariados y aquellos trabajadores de alta dirección, o se deberían mantener los vínculos contractuales con éstos y satisfacer las indemnizaciones pactadas? Podría ocurrir también que las altas indemnizaciones para supuestos de extinción del contrato fueran moduladas y adaptadas al régimen general dispuesto para los trabajadores.

F. ¿SE PUEDE EVITAR EL NACIMIENTO DE LOS CRÉDITOS SALARIALES?

A veces, el cataclismo de una empresa no es tal, sino que se confunde con el cataclismo del empresario. En ocasiones, una organización empresarial puede ser rentable en manos de un empresario audaz, esforzado y trabajador, con recursos financieros. Por el contrario, cuando una empresa se encuentra en manos de un empresario fallido no tiene otra viabilidad que la insolvencia. Por ello, se ha de identificar la empresa como unidad empresarial compuesta de recursos humanos y medios técnicos, materiales y de mercado, capaz de continuar su actividad al margen del empresario que la llevó a la crisis. De esta manera, siempre que fuera factible la continuidad de la empresa, se podrán encontrar empresarios que quieran hacerse cargo de la misma sin asumir el pasivo, pero recibiendo fondo comercial, clientes, trabajadores, mercado y, en definitiva, factores que pudieran ser capaces de continuar con esa organización empresarial. Si esto ocurriera, los contratos de trabajo no se extinguirían. Tampoco aparecerían los créditos salariales ni las indemnizaciones por despido, ni se daría la extinción colectiva de contratos de trabajo. Por ello, quizá la mejor solución para evitar la aparición de los créditos salariales sea la continuidad de la empresa como medida obligatoria, siempre que sea factible. Esta opción nos evitaría tener que organizar los privilegios absolutos, las limitaciones y la universalidad del cauce de ejecución, respecto de los créditos salariales, al no llegar a nacer. Téngase en cuenta no sólo el efecto externo

¹⁶ VAL TENA, Angel Luis de, *El trabajo de alta dirección. Caracteres y régimen jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, 197 págs.; ANTRAS BADÍA, José María, «Comentario a la normativa reguladora de la relación laboral especial de personal de alta dirección», en *Revista de Catalunya (RJC)*, núm. 1, 1986, págs. 127 y ss.; ALONSO GARCÍA, Ricardo, «De nuevo sobre el Derecho comunitario, el personal de alta dirección y el Fondo de Garantía Salarial», en *Revista Española de Derecho del Trabajo (REDT)*, núm. 57, Ene.-Feb. 1993, págs. 43 y ss.; TOSI, Paolo, «Reflexiones sobre la alta dirección», en *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 2, Feb. 1986, págs.179 y ss.

del nacimiento de estos créditos y el aumento significativo de créditos con privilegio especial, sino también el conflicto emocional y personal de la pérdida del puesto de trabajo para el empleado¹⁷.

4.2. *Regulación anterior a la reforma*

Se presentan a continuación los derechos de los créditos salariales antes de la reforma. Por ello, veremos la disposición de los privilegios antes y después de la misma. Este contenido se relaciona con las disposiciones del convenio de la OIT sobre la materia.

Se establecen diversas jerarquías de privilegios para los créditos de los trabajadores. Se combinan soluciones de satisfacción superprivilegiada, pero muy limitada cuantitativamente, con otras más consistentes, aunque peor situadas. Junto a ello, se permite una afcción de determinados bienes al cobro de los créditos salariales. Y por último, se establece una ventaja muy relevante en cuanto a la ejecución de los créditos salariales e indemnizaciones ante los Tribunales de lo social, al margen del procedimiento concursal. Para más información al respecto¹⁸.

El artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores establece tres fórmulas de protección referidas a un súper-privilegio absoluto de los acreedores concursales, aunque limitado en cuantía y duración, seguido de un derecho de separación que afecta a determinados bienes a la satisfacción de los acreedores salariales y, por último, un privilegio general, también con límites cuantitativos. El resto, es decir, las cuantías no cubiertas por estos privilegios, serán créditos ordinarios¹⁹. Veamos brevemente estas modalidades de privilegios de los créditos salariales:

4.2.1. SÚPER-PRIVILEGIO (ARTÍCULO 32.1 ET)

Se ha valorado de manera distinta por la doctrina el uso de este término, que con la reforma se asemeja más al significado del Derecho

¹⁷ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, «La estabilidad de la relación de trabajo en los casos de quiebra del empresario», *Revista de Política Social* núm. 70, abril-junio 1996, págs. 31-47.

¹⁸ RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984.; PÉREZ PÉREZ, «Aparición histórica y evolución jurídica de los privilegios del crédito salarial», R.D.P., 1981, pág. 3 y ss.; GARCÍA DE HARO, *El salario como crédito privilegiado*, Pamplona, 1960.

¹⁹ DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo de, y ZORRILLA RUIZ, Manuel M.^a, «El privilegio de los llamados créditos salariales», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 23, 1985; ARCOCHA BASTERRA, Ignacio, «Los privilegios del crédito salarial y las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 28, pág. 43 y ss., 1986.

Alemán²⁰. Se dispone un derecho salarial protegido y limitado en cuantía y en duración, y que tiene una preferencia sobre cualquier otro crédito, incluso aunque esté garantizado por prenda o hipoteca. En concreto, se señala así este privilegio para los salarios de los últimos 30 días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, como decimos, por delante de cualquier otro acreedor, incluso aquellos que se encuentren garantizados con prenda o hipoteca.

4.2.2. DERECHO DE SEPARACIÓN (SOBRE LOS EFECTOS ELABORADOS POR LOS TRABAJADORES)

Mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario, los créditos salariales gozan sobre estos objetos de preferencia absoluta sobre cualquier otro crédito. Estos bienes quedan afectos al pago de los créditos salariales. Más adelante analizaremos la polémica suscitada en torno a si es posible extender a los bienes inmuebles y en qué casos podemos hablar de objetos elaborados por los trabajadores.

4.2.3. PRIVILEGIO GENERAL SALARIAL

Sigue en el orden a los acreedores con derecho real. Se regula en el art. 32.3 del ET, según el cual, tendrán la condición de créditos singularmente privilegiados (en cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago) y gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto sobre los créditos con derecho real. Y respecto a las indemnizaciones por despido, la cantidad correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere también el triple del salario mínimo interprofesional.

Además de estos derechos, se dispone de privilegios de ejecución separada sin paralización de las ejecuciones (art. 32.5 ET) en la vía de lo social.

²⁰ RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, en la obra *Los privilegios del crédito salarial*, Civitas, 1984, pág. 331, señala lo siguiente: «El término “superprivilegio” está consagrado en la doctrina francesa; es de común utilización en la nuestra; y de él se ha hecho eco ya la jurisprudencia como es de ver en TD/Sala de conflictos, de 28 de enero de 1983.

En la literatura alemana se ha llegado a utilizar la alocución “Superbevorrechtigte Konkursforderung”, con la que se alude al crédito contra el quebrado, *que al ser elevado a crédito contra la masa, puede tenerse por “superprivilegiado”*.

En la doctrina anglosajona se ha utilizado la voz “super-priority”, aunque esta vez para referir el elevado rango de las garantías reales.»

4.3. *Convenios internacionales informadores del privilegio salarial en casos de insolvencia*

De igual manera, hemos de considerar las normas internacionales suscritas por España sobre la materia. Nos referimos al Convenio de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, dictado con ocasión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra el 3 de julio de 1992 y que entró en vigor en España el 6 de mayo de 1996. Así, en la parte II de dicho Convenio se disponen normas de protección de los créditos laborales por medio de un privilegio, en caso de insolvencia del empleador²¹.

El Convenio de la OIT de 1992 dispone que los privilegios salariales **deberán cubrir al menos a tres bloques de partidas:**

- Los *salarios pendientes de pago* por un período determinado *que no deberá ser inferior a tres meses*, precedentes a la insolvencia o terminación de la relación de trabajos;
- Las sumas adeudadas en concepto *de otras ausencias retribuidas*, también en un período que no deberá ser inferior a tres meses; y
- Las indemnizaciones por fin de servicios con motivo de *la terminación de la relación de trabajo*, así como aquellas sumas adeudadas en concepto de vacaciones.

Es propio del Convenio avanzar limitaciones que pueden establecerse por la legislación nacional del alcance del privilegio de los créditos laborales y, en concreto, se pueden limitar a un *monto prescrito, que no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable*. Recordamos, en este momento, el doble del mínimo del salario interprofesional protegido con super-privilegio y el triple del salario interprofesional como limitación de cuantía, referido al concepto de mínimo social aceptable.

Por último, el artículo 8 del Convenio OIT obliga a la legislación nacional *a atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio mayor que otros créditos*. En concreto señala que deberá establecerse un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular, a los del Estado y la Seguridad Social.

Por tanto, hemos de considerar la conveniencia de que exista un crédito superior no al de todos los créditos privilegiados, sino al de la mayoría.

²¹ GIMÉNEZ CHORNET, Eduardo, «Los Convenios de la OIT ratificados por España», en *Revista Española de Derecho del Trabajo* (REDT), núm. 66, Jul.-Ago. 1994, págs. 581 a 606.

4.4. *La nueva situación en la reforma Concursal*

Compararemos los derechos que se señalan en el Proyecto de Ley con los actualmente vigentes, para mostrar el equilibrio que se sigue en una y otra regulación. En particular, se establecen la siguiente clasificación de los créditos laborales:

4.4.1. CRÉDITOS CONTRA LA MASA

- **Indemnizaciones por extinción colectiva durante el proceso del concurso:** tienen la consideración de créditos contra la masa, lo cual parece lógico, ya que es el propio juez del concurso quien acuerda esta extinción de los contratos de trabajo. Art. 83.2.5.º *in fine* de la nueva regulación.
- **Consideración del antiguo súper-privilegio como crédito contra la masa:** el antiguo súper-privilegio pasa a ser considerado crédito contra la masa. Se sigue una línea terminológica similar al Derecho alemán. La posición del conocido como crédito súper-privilegiado del artículo 32.1.º del Estatuto de los Trabajadores pasa a una teórica mejor posición que en la anterior regulación. Antes se situaba el primero de los acreedores concursales. Ahora aparece entre los prededucibles: que perciben su créditos antes que los acreedores concursales. Art. 83.2.1.º nueva legislación concursal.

El problema se suscita cuando entran en *colisión directa un acreedor superprivilegiado y un acreedor con garantía real de prenda o hipoteca*. Así, en los borradores del Proyecto de Ley Concursal se había venido manteniendo una consideración del superprivilegio como un crédito concursal, pero con un privilegio de anticipación frente a los acreedores concursales, y, por tanto, también frente a los acreedores con derecho real en el caso de que no hubiera más bienes para hacer efectivo el derecho de crédito salarial súper-privilegiado, según el artículo 154 del PLC. Así, se preveía que el súper-privilegio no entraría en colisión con los bienes afectos y con privilegio especial cuando hubiere otros bienes disponibles. Pero en el caso de concurrencia e inexistencia de otros bienes libres, al margen de los sujetos a derecho real, en este caso, primaría el súper-privilegio, como había ocurrido antes de la reforma.

Sin embargo, en el texto del Dictamen de la Comisión del Congreso de los Diputados se ha considerado el súper-privilegio como un crédito contra la masa. Se rompe así el principio de Derecho Concursal de considerar acreedores concursales a aquellos que están sometidos a la solu-

ción global a la crisis, por ser acreedores anteriores al momento de la declaración del concurso. Así, los diferenciamos de aquellos otros acreedores *ex post*, que son quienes han contratado o generado su crédito con posterioridad al inicio del procedimiento de concurso o se tratan de gastos necesarios para el desarrollo del concurso. Pues bien, se produce un pase del súper-privilegio en su consideración como acreedor concursal a crédito contra la masa.

Esta aparente ventaja o mejora resulta relevante respecto de los otros acreedores contra la masa, pero no lo es respecto de los acreedores con Derecho real. Así, el orden de pago de los acreedores contra la masa, se hará *con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 153.3 - PLC)*. Y, en caso de resultar insuficiente lo obtenido para el pago de estos acreedores contra la masa, se distribuirá *entre todos los acreedores de la masa por orden de sus vencimientos*.

Por ello, *los acreedores con privilegio especial no ven modificado su derecho directo de realización sobre el bien por estar éste afecto al cobro de sus créditos*. Hasta el producto de la venta de dicho bien satisfarán su crédito los acreedores con derecho real o con bienes sujetos a financiación de bienes muebles a plazos o arrendamiento financiero.

Se salva así a los acreedores con privilegio especial, que tienen bienes afectos a la satisfacción de sus créditos, de verse obligados a participar en el cobro con otros acreedores que no sean ellos mismos. Por tanto, *el bien afecto por un derecho real no puede ser modificado en esa relación directa de cobro que dispone sobre el bien afecto*.

Esta regulación resulta derivada del *Reglamento Comunitario CE 1346/00, de 29 de mayo de 2000*, sobre los procedimientos de insolvencia, y que entró en vigor el 31 de mayo de 2002. Este Reglamento CE dicta normas de protección e información para los acreedores y, a su vez, dispone de un régimen mínimo de respeto y tutela hacia los acreedores con derecho real. Dispone, así, la inmodificabilidad de los derechos reales (*rights in rem*). Por ello, la anterior regulación a la Reforma Concursal entraría en conflicto directo con el Reglamento Comunitario que, en su artículo 5.2, regula el tratamiento de los derechos reales de terceros. Entre estos derechos se señala el derecho a realizar o hacer realizar el bien, y a ser pagado con el producto o rendimientos de dicho bien.

4.4.2. CRÉDITO REFACCIONARIO (ART. 89.1.3.º)

El tenor literal del art. 89.1.3.º de la nueva regulación es muy similar respecto del señalado en el art. 32.2.º ET.

Los créditos refaccionarios sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

En este punto existe polémica respecto a la extensión y condiciones de *ejercicio de este derecho refaccionario* o derecho de separación²². A nuestro entender, hemos de identificar el objeto sobre el cual puede recaer el derecho de separación, derivado de actividades de elaboración de los trabajadores; en concreto, actividades industriales de tipo extractivo, de tipo productivo, de pesca, agrarias, creativas en sus manifestaciones intelectual e industrial, contrato de trabajo, buques, aeronaves, edificaciones, así como energía en general. Los sujetos beneficiados por este derecho de separación son los trabajadores que elaboran estas materias. Sin embargo, este concepto alude a cualquier otro empleado y, por tanto, a todos aquellos que se denominan «colaboradores invisibles» que trabajan en el seno de la empresa y aportan su actividad.

Por último, se suscitaba la duda sobre la posición disyuntiva de que sean propiedad del empresario «o» se encuentren en posesión del mismo, y que el legislador hubiera querido utilizar una conjunción copulativa, señalando que fueran propiedad y además estuvieran en posesión del empresario. Este breve comentario nos lleva a analizar tres posiciones: en primer lugar aquellos bienes que son propiedad y se encuentran en posesión del empresario, sobre los cuales no habría duda del derecho de separación de dichos bienes. En segundo lugar, aquellos objetos que son propiedad pero no están en posesión, en los que se vería claramente afectado el derecho de separación de los trabajadores y, por último, aquellos bienes que están en posesión del empresario pero no son de su propiedad porque los ha vendido. En este punto, y en línea del Derecho Civil, hemos de señalar que el adquirente tendría un título, pero no se habría producido la *traditio*, por lo cual no habría consumado aún su contrato de compraventa, con lo que se verían afectos a este derecho los bienes vendidos que estuvieran también en posesión del empresario.

También existió una gran discusión sobre *la posibilidad de extender este derecho a los bienes inmuebles por parte de los trabajadores*. La jurisprudencia indicó que esto sólo era posible en el ámbito de las

²² MACHADO PLAZAS, José, «El privilegio salarial refaccionario [comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 17 de noviembre de 1997]», en *Revista General de Derecho* (RGD), núm. 648, Sep. 1998, págs. 11097 a 11103; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María Dolores, «Crédito refaccionario. Preferencia de un crédito hipotecario sobre otros de mejor rango por ser refaccionario», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 52, Ene.-Mar. 2000, págs. 29 a 41; EIRANOVA ENCÍAS, Emilio, «El privilegio del crédito refaccionario inmobiliario», en *La Ley*, 2002-3, base de datos plus.

empresas de construcción respecto de los edificios que realizaban. Sin embargo, hubo cierta polémica por una Sentencia del TSJ el País Vasco en la que se concedía el derecho de los trabajadores a la separación, en base al artículo 32.2 ET y respecto del inmueble que vienen utilizando para las actividades de la empresa. Es decir, la extensión sobre el inmueble-lugar de trabajo del derecho de separación por parte de los trabajadores. Finalmente, la Sentencia del TS en Recurso de Casación para la unificación de doctrina, muestra su disconformidad con la Sentencia del TSJ del País Vasco antes mencionada, indicando que el Estatuto de los Trabajadores silencia toda prioridad de los créditos salariales sobre el inmueble-lugar de trabajo y que, por tanto, no puede extenderse a este inmueble el derecho de separación mencionado. Y para argumentar esta solución se citaba la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, cuyo artículo 1.1.b) establecía una preferencia sobre todos los demás créditos y respecto a los inmuebles a los que se incorporaba el trabajo de los trabajadores en el supuesto de inmuebles objeto de construcción, y en el n.º 2 de dicho artículo se ampliaba una acción respecto a los inmuebles como lugar de trabajo y se postergaba esos inmuebles respecto de los acreedores hipotecarios o pignoraticios. Lo mismo respecto a situaciones de reparación de bienes ajenos²³.

Por tanto, ni siquiera en esa antigua Ley eran prioritarios los créditos salariales respecto a los inmuebles-lugar de trabajo, cuando concurrían con créditos hipotecarios. El artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, en su n.º 2, reproduce el anterior apartado a) del artículo 32.1 de la Ley de Relaciones Laborales, aunque, evidentemente, no se refería al inmueble-lugar de trabajo, puesto que a este lugar dedicaba su mencionado n.º 2, ya desaparecido del mismo precepto, que es el vigente. Por tanto, al silenciar toda prioridad de créditos salariales respecto al inmueble-lugar de trabajo, no puede extenderse sobre ellos este derecho de los trabajadores.

4.4.3. CRÉDITO PRIVILEGIADO GENERAL

Este punto sigue la misma regulación que ya existía en el artículo 32.3.º del ET, que supera considerablemente el régimen de limitaciones

²³ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Las garantías del crédito salarial», en *R.D.P.*, marzo 1980, pág. 399 y ss. En la página 400 señala el autor que:

«Ha sido una polémica que pudiéramos llamar tradicional la de si los objetos preparados por los trabajadores están afectos al privilegio salarial. Creemos que está ahora superada con la exigencia legal de que los objetos han de ser propiedad del empresario. El objeto que se repara de un tercero no la cumple, evidentemente.»

recomendadas a establecer por la legislación nacional respecto del Convenio de la OIT.

Art. 90.1.º PLC: «Son créditos con privilegio general:

1.º Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, así como las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos en cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, y las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso.»

En el Convenio se establecen unos períodos de tres meses que, en conjunto, suponen seis meses, más las cuantías respecto de indemnizaciones por despido. De hecho, la propuesta del Profesor ROJO establecía una limitación de salarios al año anterior al inicio del procedimiento concursal o de la extinción del contrato de trabajo. Con las mismas características sigue el Anteproyecto de reforma concursal de mayo de 2001 de la Comisión General de Codificación, que disponía un período de seis meses de salarios por los seis meses anteriores al inicio del procedimiento concursal o la extinción del contrato de trabajo, limitando también las indemnizaciones por despidos producidos a los seis meses anteriores al inicio del procedimiento concursal.

Sin embargo, vemos de nuevo cómo en fase de influencias por las diferentes instituciones del Estado se han incorporado diversas medidas tendentes a mantener la situación anterior y a no establecer límites temporales a la percepción de salario con el privilegio general que se establece en su favor, lo que también se ha comentado en el caso de modificación producida por la inclusión del super-privilegio en el artículo 154 del Proyecto.

4.4.4. VALORACIÓN GLOBAL DE LA NUEVA REGULACIÓN

El nuevo régimen de privilegios en el ámbito concursal sigue una línea muy similar a la regulación anterior a la reforma. Se mantiene el derecho refaccionario sobre los bienes derivados de la actividad de los trabajadores y se mantiene también el privilegio general salarial con los mismos límites ya establecidos anteriormente. El único cambio se produce respecto del superprivilegio, que se desplaza al grupo de los créditos contra la masa. Dentro de los acreedores contra la masa, tienen

una inmejorable posición por cuanto sus vencimientos son anteriores al inicio del concurso, cuando la mayoría de los acreedores contra la masa son gastos originados con posterioridad al inicio del concurso o por gastos necesarios para el desarrollo del procedimiento judicial.

Sin embargo, el superprivilegio pierde en concurrencia con el acreedor con derecho real, como es el acreedor hipotecario. Estos bienes, especialmente afectos a la satisfacción del crédito con privilegio especial, no entran en el reparto para los acreedores contra la masa, salvo que existiere sobrante del producto de su venta. Se mejora a estos acreedores con derecho real en situación concursal, pero se les supedita al concurso mediante la paralización de sus acciones de ejecución. Y todo ello deriva de una regulación comunitaria que dicta normas supranacionales de obligado cumplimiento.

Todas estas normas de clasificación se aplican únicamente en situación concursal. En caso de concurrencia de acreedores sin procedimiento de concurso, se aplica el régimen contenido en el art. 32 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo texto se acompaña más adelante.

En el momento de la redacción de este artículo está pendiente de aprobación por el Congreso el texto recibido del Senado, y las presentes consideraciones se refieren al dictamen de la Comisión publicado en el *B.O.C.G.* el 1 de abril de 2003.

5. Conclusiones

Se analizan a continuación algunas cuestiones ya presentadas y hemos de conectarlas con los fines y bienes objeto de tutela en la Reforma Concursal.

- a) **Acceso universal del crédito al concurso:** consecuencia de la obligación que se impone a la administración judicial de incluir obligatoriamente a todos los acreedores que resulten de la documentación del deudor, se modifica sustancialmente la formación de la masa pasiva, pudiendo darse el caso de algún acreedor que, dado su crédito por olvidado, recibiera un cheque de la administración judicial anunciándole que percibía un resultado positivo como consecuencia de la gestión del procedimiento de concurso. Esta es una medida novedosa, con una función tuitiva protectora del crédito y de su incorporación al proceso del concurso, donde se quieren dar las garantías de una celeridad y buena realización a favor de los acreedores cuando no sea posible una solución de convenio.

- b) **Sujeción y limitaciones de los acreedores con privilegio especial:** a estos acreedores, conocidos antes como *ex iure domini* o *ex iure crediti*, se les imponen por Ley una serie de cesiones que han de realizar a favor de los demás acreedores para facilitar la buena gestión del proceso concursal. Se trata de impedir que una ejecución en mal momento perjudique los bienes de la masa afectos a la actividad económica y lesione cualquier opción de rentabilidad de la empresa para su enajenación como unidad productiva viva. Esas limitaciones se refieren a la suspensión de la ejecución de los créditos con privilegio especial, así como a la facultad de la administración judicial de optar por el pago de las deudas existentes frente al acreedor con derecho real o la realización del bien, así como otros derechos de rehabilitación o subrogación del adquirente en la posición jurídica del deudor, o lo que es lo mismo, la venta con carga para su subrogación por el nuevo adquirente.
- c) **Postergación de los acreedores vinculados con el deudor:** no nos parece ajustado el sistema presentado por el legislador, ya que es discriminatorio y podría resultar inconstitucional, por ese motivo. Hubiera sido más deseable establecer un sistema abierto de acciones rescisorias en el cual también se pudieran afectar estos bienes cuando realmente se hubiera producido un perjuicio para la masa activa o un desequilibrio en relación a la masa pasiva, perjudicando la *pars conditio creditorum*.
- d) **Crítica al trato preferencial de los acreedores públicos:** a fin de establecerse limitaciones más severas a los acreedores públicos para dejar respiro a los diferentes grupos de acreedores y que pudieran disponer de una más equilibrada participación en el reparto y pago de su crédito.
- e) **Conveniencia de limitar temporalmente el privilegio salarial:** conviene establecer limitaciones temporales respecto a los créditos salariales, por cuanto si bien no podemos desconocer la función social que cumple el salario, ésta debe ser moderada y atenuada por el interés común de los demás acreedores. Y por ello, habrían de limitarse situaciones en las cuales se ha producido un abandono o dejación por parte de los trabajadores en connivencia respecto a la reclamación de sus créditos y por ello debiera de establecerse un límite temporal, y dentro de los parámetros establecidos por el Convenio de la OIT.
- f) **Propuesta satisfactoria en el caos de la vigente regulación:** parece una propuesta correcta, especialmente aquella que ha realizado la Comisión General de Codificación, que ha sido des-

virtuada, en alguna medida, por la influencia de los sectores institucionales en cuanto al ranking de los acreedores y establecimiento de posiciones ventajosas para trabajadores y acreedores públicos. No obstante, y en especial el Proyecto de Ley Concursal, contiene una tutela equilibrada de los intereses a proteger en el Derecho Concursal, especialmente *de la protección del crédito* a través de una primera solución de convenio con control de las exigencias mínimas para un feliz convenio. Y por otro lado, el criterio legal de la ejecución de bienes no aisladamente, sino como una realización en bloque y fuera del peligro de las actuaciones individuales que suponían hasta ahora los derechos *ex iure domini* y *ex iure crediti*.

PENSIONES Y ACCIONES COMPLEMENTARIAS DE LA PROTECCION DE SEGURIDAD SOCIAL

Víctor Fernando Manrique López

Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Deusto

*En memoria del gran profesor
Excmo. Sr. D. Manuel Alonso Olea*

Para tratar el tema de la Seguridad Social complementaria es preciso tener en cuenta la necesidad de definir lo que se entienda por Seguridad Social.

Existen respecto de ello variaciones en el tiempo y en el espacio y hoy en el mundo industrial occidental no se entiende una Acción de Protección Social sin que la misma tenga un carácter básico y obligatorio.

En ese contexto debe entenderse lo que pueda comprender el ámbito de la llamada acción complementaria de la protección social que figura como epígrafe de esta exposición.

Viene atribuyéndose, en un primer análisis, a veces superficial, el carácter de complementario a lo que se superpone a lo básico, y se reserva el grado de lo obligatorio a lo que se opone a lo voluntario.

No es tan cierta esa oposición de términos, ya que, por un lado, en el ámbito de lo básico, cabe el diseño de un nivel complementario y en no pocas ocasiones esa complementariedad tiene el carácter de obligatoria. Así sucede con las prestaciones de Desempleo, o con el régimen reservado para los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en el caso de que ocurran por Falta de Medidas de Seguridad.

Por lo demás, aparecen ámbitos de la protección social en donde aun existiendo éste no cabe el concertar un aseguramiento, ni siquiera público, para el propio nivel básico, asumiendo un solo sujeto, en ese caso el empleador, el papel y la función de sujeto obligado y de sujeto responsable frente a los daños producidos por el acaecimiento de un siniestro. Este es el caso de la Incapacidad Temporal, antes denominada Incapacidad Laboral Transitoria, en la que durante un período de tiempo el empresario tiene que satisfacer a su exclusiva cuenta el

abono de las prestaciones que para tales contingencias tiene establecidas la ley dentro del sistema público.

En tal sentido durante los cuatro primeros días no hay aseguramiento público, y en el estadio siguiente y hasta el vigésimo día el empleador se hace cargo del abono de una prestación directa, que no anticipada, sin que el asegurador público tenga que responsabilizarse de pago alguno del subsidio.

En tales casos no puede hablarse de un nivel público de aplicación directa, ni de un nivel complementario que mejore el nivel básico. No estamos ante un régimen sustitutivo.

Tampoco podemos referirnos de un modo absoluto a un nivel voluntario dentro de un régimen público, pues en éste no cabe la aparición de sujetos privados sino tan sólo en el ámbito de la gestión de intereses públicos, pero es que en el ejemplo referido empleador no es un simple gestor, sino el responsable obligado a satisfacer una cobertura que en el ámbito de las contingencias comunes le es inicialmente absolutamente ajena, ya que no encuentra encaje el fundamento de la asunción de una obligación de cobertura de asistencia por un período determinado, ni en el incumplimiento de la obligación, ni en el cumplimiento tardío o moroso, ni en la contravención de las obligaciones o de la norma.

Tampoco lo encuentra en el haber causado daño a otro interviniendo culpa o negligencia, y ello aunque se fuera a la responsabilidad delictual, contractual o incluso objetiva, pues con ello no encontraríamos respuesta adecuada para saber el motivo por el cual un empresario debe responder de las gripes de sus empleados, de los efectos de sus malas dotes como conductor y, por ende, de los accidentes de tráfico, o de sus dificultades de convivencia con el alcohol o con una vida poco ordenada médicamente.

Más difícil sería conocer con esas teorías referidas el motivo por el cual el empresario debe asegurar o dar cobertura, a través del seguro, de las enfermedades padecidas por los familiares de los trabajadores.

Es por ello, por lo que se coincide en que la fuente de estas obligaciones está en la Ley. Es ciertamente el imperativo legal dentro de un ámbito de derecho necesario, el que permite entender la atribución de aquellas responsabilidades a los empleadores.

Más si ello es así, debemos exigir al legislador que defina, con precisión, cuál es el ámbito de la Seguridad Social o protección social que queda reservada al nivel obligatorio legalmente hablando, y cuál es el del nivel complementario, reservado a la voluntariedad, y, en definitiva, a la disponibilidad.

En ese sentido nos encontramos con un legislador de diferentes épocas, las cuales obedecen a muy distintas situaciones económicas.

El resultado es el de un panorama poco nítido y bastante difuso. Un panorama sin un diseño inicial, en el que han ido adjuntándose formulaciones que, en muchos casos, eran de respuesta a crisis económicas generales, o de la propia Seguridad Social, más o menos agudas.

Ciertamente, de un diseño inicial, en el que el objeto de la protección y del Seguro Social era el riesgo, se pasó a una etapa ulterior en donde, también con un diseño económico concreto, se pretendió, dentro de los Sistemas de Seguridad Social, proteger la contingencia.

El primero de tales proyectos tuvo una formulación económico financiera bien definida, logrando una supervivencia de alta rentabilidad económica y social de prácticamente cincuenta años. El segundo partió de posiciones diferentes y apartándose de una financiación basada en la Capitalización se acudió a un sistema de Reparto, buscando una Seguridad social expansiva.

Su solvencia tendrá también una duración aproximadamente igual, y, al cabo de otros cincuenta años, y en algunos casos sesenta años, entraría en una situación de mal diagnóstico, con muy diferentes pronósticos y en donde los especialistas no aciertan con el tratamiento, y es que ya se sabe que, como dice el dicho castizo: «un médico cura, dos dudan y tres, muerte segura».

En esa situación nos encontramos hoy, y para aproximarnos a la definición de la acción complementaria en el ámbito de la protección social, todos los autores coinciden en que se hace indispensable definir con precisión, y con carácter previo, qué es lo que sea la Seguridad Social básica.

Ya hemos visto que la Seguridad Social obligatoria no tiene por qué referirse necesariamente, según el legislador actual, a la Seguridad Social asegurada desde sujetos públicos, puesto que a las privadas se les coloca en una situación protagonista en algunos casos.

Tampoco puede entenderse que, en la Seguridad Social complementaria no intervendrán los sujetos públicos, ya que al margen de su papel intervencionista, merced a las atribuidas facultades de fiscalización, control y tutela, el legislador les permite, como aseguradores públicos, tener presencia directa en lo que inicialmente podría considerarse como el cargo más alejado de lo público, y más próximo a lo privado en el seno de la Seguridad Social.

Me refiero a la Seguridad Social negociable, pactable, o contratable en función del decisionismo y la voluntad libérrima del asegurado.

Efectivamente, se parte de un principio axiomático cual es el que la Seguridad Social básica no puede ser objeto de negociación pacto o contrato. Es esta una materia de derecho necesario que por su condición de derecho imperativo participa de la naturaleza de *ius cogeos*, y,

en su seno, todo resulta indisponible. La Seguridad Social básica no se impone de acuerdo con la voluntad de los sujetos protegidos, sino absolutamente al margen de esa voluntad individual.

Esta es la tesis correcta cuando se da una precisa definición de la Seguridad social obligatoria, mas ya hemos anticipado que, en el estado actual de la situación, las cosas no responden estricta ni escrupulosamente, a los principios anteriormente reflejados.

Antes bien, sucede que, por circunstancias históricas, y, por una falta de concreción de los dos campos, el sujeto asegurador público va a tener presencia, en el ámbito de la Seguridad Social negociada, para pactar condiciones de aquella Seguridad Social básica erróneamente considerada en todos los casos como obligatoria. Este es el caso de los llamados Convenios de Seguridad Social.

Por lo demás, el legislador reservará ciertos espacios de mayor o menor dimensión para vedar la entrada al seguro, aun entendiendo que la protección otorgada por imperio de la ley forma parte de la Seguridad Social y muy particularmente de la protección social obligatoria.

Ejemplo de lo primero aparece en la posibilidad de concertar con las propias entidades gestoras la cobertura de los riesgos y contingencias básicas en función de las circunstancias personales del asegurado. Así, en el régimen de autónomos, en base a la capacidad económica del partícipe y de su edad se le facilita el que elija, lo que al profesor Barreiro en su magnífico y reciente trabajo titulado *Reflexiones sobre la consideración de lo privado en la previsión social* llama la protección social a la carta.

Igualmente y dentro de esa opción legislativa, que permite «contratar la Seguridad Social básica», merece destacarse las diferentes posibilidades que el legislador otorga para «desengancharse» de la Seguridad Social obligatoria, acudiendo al seguro privado, o al autoaseguramiento, para proporcionar un nivel de cobertura «equivalente» al que se ofrece desde el sistema público. Así, las empresas podrán, si cumplen los requisitos exigidos para ello, dejar de pagar «la prima» del aseguramiento público en punto a la Incapacidad Temporal o a la Asistencia Sanitaria y Maternidad, y asumir directamente las consecuencias del acaecimiento de los siniestros.

Aquí empresas como las de la Banca, Telefonía, Eléctricas y numerosas de servicios pactan con el gestor público la cobertura de un nivel básico y, por tanto teóricamente obligatorio y no negociable, alejándose del régimen de protección propio del sistema básico de la Seguridad Social.

Igualmente puede un sujeto permanecer como activo en la relación laboral, simultáneamente y como no cotizante en la relación de la Se-

guridad Social en base a decisiones atribuibles a su sola voluntad, tal y como acaba de posibilitar el legislador para quienes no hagan caso de su crédito de pensión de jubilación y postpondan su edad de retiro.

Como se ve, tras la afirmación categórica de que en lo público no cabe la voluntariedad, pues ésta es predicable sólo de lo complementario, el legislador, partiendo de su falta de definición de situaciones, incurre en numerosas contradicciones que van a impedir marcar los terrenos de juego y amojonar las superficies de lo básico y de lo complementario.

Pero hacíamos alusión también a que en determinadas ocasiones lo que no admite el legislador es el seguro, pese a reconocer que el hecho causante debe quedar en el seno del sistema básico de la Seguridad Social.

Nos referimos consecuentemente a la responsabilidad por Falta de Medidas de Seguridad. El legislador, en el ánimo de corregir conductas antiprevencionistas o descuidadas, para con los accidentes de trabajo, impone no sólo la responsabilidad directa, sino también la prohibición del aseguramiento de esa deuda atribuible de forma directa al empresario, sin contar con que el ámbito mercantil permite a través de fórmulas elípticas dar cabida a esas situaciones aleatorias, y que, con proclamas de responsabilidad directa no se logra, frente al empresario insolvente, ninguna suerte de protección. En cualquier caso lo importante es destacar que en estos supuestos de protección añadida o complementaria-obligatoria (recargo del 30 y 50% en las prestaciones) no existe el aseguramiento necesario dentro del sistema público de la Seguridad Social.

Por otro lado, no podemos concluir esta parte de la exposición sin hacer mención a la participación directa de los sujetos públicos en la negociación de la Seguridad Social complementaria.

Ciertamente que en el nivel complementador cabe el contrato y que la fuente de la obligación son los pactos que las partes fijen libremente, más no puede olvidarse que, por un lado, la Seguridad Social puede, en ese ámbito, negociarse, como es natural, entre sujetos privados pues a ellos está reservada la iniciativa de su nacimiento y que, por la incongruencia del legislador, esa Seguridad Social complementaria puede cubrirse a virtud de los acuerdos que se alcancen con las entidades gestoras de la Seguridad Social, siendo en ocasiones obligatoria tal concertación de la llamada Seguridad Social voluntaria.

Efectivamente, tal y como ha destacado el profesor Barreiro, en el trabajo referenciado, la Seguridad Social complementaria ha podido nacer a lo largo de la historia de la Previsión en nuestro ordenamiento jurídico a través de alguna de estas tres formulaciones:

- Mejora directa de prestaciones.
- Incremento en tipos.
- Incremento en bases.

Pues bien, los dos últimos sólo podían negociarse y concertarse con la propia Seguridad Social, pese a que, al pertenecer a la misma esencia del nivel complementario, debían obedecer a criterios de estricta voluntariedad.

Añádase a ello el que la mejora directa de prestaciones, negociada o no en Convenios Colectivos, podría y puede asegurarse a través de Compañías de Seguros, Montepíos, Mutualidades, Fundaciones y Corporaciones de cualquier clase o naturaleza, al igual que con las propias Entidades Gestoras de la Seguridad Social, y esto último es lo que debe resaltarse, pues, como se ve, el propio legislador no sólo no define el campo de aplicación de lo público y obligatorio, frente a lo complementario y voluntario de la Seguridad Social, sino que, además crea una enorme confusión permitiendo y posibilitando la entrada de sujetos privados en el ámbito del nivel básico y obligatorio, para pactar las condiciones de su Seguridad Social o la de sus empleados, sino que también permite la presencia de las gestoras públicas en el ámbito voluntario, para llevar a cabo, y se supone que a virtud de transacciones, que no les son inicialmente permitidas, cuantos contratos y pactos tengan por conveniente para instrumentar el nivel de protección y el contenido del ámbito voluntario y complementario de la Seguridad Social.

Ante este estado de confusión nos hallamos, cuando el modelo entre en crisis, a partir de 1977, lo cual presupondrá la aparición de consecuencias indeseables.

Efectivamente inexistente una precisión suficiente en los conceptos de Seguridad Social básica y obligatoria, la transformación de los modelos apuntan, por un lado a la reducción de la presencia del sector público en la economía en general, por otro lado a la reducción del gasto, procurando incentivar las inversiones, y, por último, tratando de encontrar formulaciones financieras que aboguen por la sostenibilidad y solvencia de los propios regímenes de protección social especialmente en su nivel básico.

La interacción del nivel básico y el complementario es, ha sido y será una constante, con lo que, ante un diseño keynesiano de Seguridad Social, el nivel obligatorio, al ir en aumento, llevará al nivel obligatorio a un campo de mínimos. A mayor Seguridad Social obligatoria menor Seguridad Social voluntaria.

No obstante, se produce un fenómeno, a todas luces curioso cual es el siguiente. Las autoridades económicas y monetarias imponen la obli-

gatoriedad de controlar el crecimiento de la Seguridad Social básica, más esto lo llevan a cabo, con diferente fortuna, según cual sea la idea que se posea en orden a los niveles de endeudamiento admisibles y la fijación de ese nivel de deuda máxima se sustraerá, a partir de un momento determinado, por las competencias nacidas en el ámbito de la Unión Europea, a los gobiernos de las naciones integrantes de esa comunidad económica, dejándose tal decisionismo en manos de las autoridades económicas y monetarias europeas, de forma definitiva, tras la aceptación una política de moneda única.

Pues bien, tras ello, unas y otras no se contentarán con la supervisión de lo básico, sino que pasarán a una política de control y autorizaciones para con lo complementario.

Desde ese momento las negociaciones quedarán sujetas al examen matemático y económico de tales autoridades administrativas en lo que se refiere a los contenidos de la Seguridad Social contratada, así nacida.

Los efectos de tal política de control serán inmediatos:

Por un lado, la Seguridad Social pública tratará de desvincularse de todos aquellos compromisos adquiridos por mor de su presencia en alguna de las fórmulas de la Acción Complementaria de las previsión social fijadas por la ley.

Los ejemplos son múltiples y poco aleccionadores. A veces, antisociales:

- El primer exponente de tal política de desencuentro con las obligaciones asumidas lo encontramos en la desaparición del régimen de incremento en tipos y su aseguramiento obligatorio con las propias gestoras de la Seguridad Social.
- El segundo, en el rechazo a la cobertura de lo asegurado a través de un régimen de prestaciones mejoradas por incremento en bases. Las decisiones adoptadas en ese sentido por las gestoras de la Seguridad Social en los años 90 a 93 resultan sencillamente inauditas. Plantillas enteras de empleados, como los de la empresa Valca, vieron frustradas sus legítimas expectativas en base a argumentos ciertamente peregrinos.
- El tercer rechazo lo fue para con la cobertura de las obligaciones derivadas por la concertación de coberturas nacidas, como mejora directa de prestaciones, con la finalidad de que, en virtud del cobro por la gestora de la Seguridad Social de «una prima» complementaria, ninguna de las pensiones de invalidez, viudedad u orfandad resultaran inferiores al Salario Mínimo Interprofesional. Colectivos enteros de trabajadores y beneficiarios de un sec-

tor, como el siderometalúrgico, presenciaron hasta 1995 el lamentable espectáculo de unos gestores desentendiéndose de las obligaciones inicialmente asumidas por virtud de compromisos lícitamente adquiridos, y que, al tiempo del pago de las prestaciones, resultaba políticamente conveniente rechazar.

- A partir de ese momento se observa una acción de gestión recaudatoria, en el ámbito del Servicio Común de la Tesorería verdaderamente eficaz. Simultáneamente se observará progresivamente y de forma muy especial en los últimos años, una labor en el campo de la Afiliación del mayor rigor, lo que da como resultado, junto con el control del gasto, la aparición de un nuevo horizonte económico, nada negativo, en las finanzas de la Seguridad Social y de su tesorería.

Ahora bien, este fenómeno es coyuntural y exige que se defina con la mayor precisión posible el campo de lo básico y de lo obligatorio, frente a lo complementario y voluntario.

En caso contrario, continuaremos con una incertidumbre en el proyecto definitivo, que, a nivel nacional y comunitario, debe tener la Seguridad Social.

A modo de resumen, podemos hacer mención a tres situaciones que acreditan la urgente necesidad de clarificar los niveles:

1.º) El afán de control y de fijación de las obligaciones y compromisos a las partes, en punto a la Seguridad Social complementaria, desde el Ministerio de Economía, con frecuentes y negativas situaciones de falta de coordinación con el Ministerio de Trabajo.

Prueba palpable de ello viene a ser la confección de proyectos de norma, y aprobación de disposiciones reglamentarias, tratando de impedir el que por vía de acuerdos, especialmente colectivos, pueda nacer un régimen de protección social complementario que no sea del gusto de los Departamentos económicos, que alcance un nivel no deseado, o que escape, en su fiscalización, a los controles fijados con sede económica en aquellos Departamentos ministeriales.

Esto se llevará a cabo ignorando el concepto, alcance y contenido de lo que venía siendo admitido como Convenio Colectivo, e incluso las nuevas normas se verán limitadas y con graves dificultades de interpretación, en tanto que desconocen el significado propio, que, en el ámbito laboral y de Seguridad Social, tienen los términos de empresario y trabajador, condición más beneficiosa o derecho adquirido.

Así se suscitó ante los Tribunales el alcance de la antigüedad en orden a la definición de los servicios pasados, como fue el caso de varias entidades de derecho público que actúan como Consorcio de Aguas.

Igualmente, se debatió el concepto de derechos consolidados, ante la variación constante de éstos, al tiempo de fijar su valor contable y actuarial, que se modifica, según cual sea el resultado de la inversión de cada ejercicio anual, lo que, de por sí, es aleatorio y variable especialmente si no se invierte en renta fija. Así sucedió en el ámbito de numerosas empresas eléctricas.

Se debatió el término patrimonio del Fondo, a la hora de proceder a su liquidación, para su transformación, llegándose a discutir, en el ámbito de la Compañía Telefónica la posibilidad de llevar a cabo una cuantificación global del propio patrimonio al pasar de un régimen de prestación definida a otro de aportación definida.

Se discutió igualmente la eficacia *erga omnes* de un pacto alcanzado en el ámbito de la Seguridad Social negociado empresarialmente en la empresa Repsol, frente a quienes no aceptaran adherirse al nuevo régimen provisional sustituto del anterior.

Se planteó conflicto sobre la validez de la fijación de un plazo para adherirse a un plan nuevo con el contenido y alcance propio del mismo en relación con una importante Mutua de accidentes de tráfico.

Se sometió a pleito la posibilidad de constitución de un nuevo Plan de Pensiones a través de un convenio extraestatutario, y no por medio de otro de carácter estatutario en la empresa Iberdrola.

Se negó competencia a una Comisión negociadora de un Convenio Colectivo regular para instaurar, en su seno, Plan de Pensiones distinto al de las dos empresas que habían venido a fusionarse en el caso de Hidroeléctrica Española.

Se consideró que no había posibilidad de sostener dos regímenes de previsión diferenciados en el ámbito de una misma empresa, o de empresas agrupadas, incluso laboralmente hablando, como fue el caso de la Banca.

Se negaron competencias a la Comisión negociadora de un convenio como el de Iberdrola para sentar los criterios de liquidación de un Plan, con fijación de los importes correspondientes a los servicios pasados.

Y por último, se consideró necesitado de un debate judicial el determinar si son movilizables los presuntos derechos del personal de las entidades de ahorro y en concreto de una de las de Cataluña, cuando aún no habían constituido un Plan de Pensiones, en el caso de cese o baja voluntaria en la empresa, y en los diferentes supuestos de despido y de extinción del contrato de trabajo.

Numerosos pleitos, en fin, y contenciosos dispares y de una gran variedad, algunos por importes superiores a los 30.000 millones de pe-

setas, se desarrollarán ante los Tribunales de la jurisdicción social en todas sus instancias y grados. Algunos de los pleitos referidos supusieron la existencia de más de treinta sentencias de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional y la Sala IV del Tribunal Supremo, amén de numerosos conflictos individuales seguidos ante los Juzgados de lo Social y los diferentes Tribunales Superiores de Justicia.

Y todo ello debido a la confusión de dos ámbitos que deben quedar deslindados por ley, y sin lo cual no podrá determinarse el nivel de cobertura alcanzable por uno y otro campo: el de la Seguridad Social básica obligatoria y el de la complementaria.

Al margen de la existencia de todo un conflicto vivo, latente y prolongado, que no beneficia al crecimiento ni a la estabilidad jurídica y financiera de los dos espacios que están llamados necesariamente a entenderse. El ejemplo máximo ha estado constituido por los pleitos planteados en el proceso de debate respecto de estos conceptos en la Caixa y en Firestone.

En este último de lo que se resuelva pende nada menos que la permanencia de la empresa en España y de la presencia igualmente del inversor japonés en nuestra economía de sector.

Tras los debates judiciales aparecen, eso sí, muy tardíamente, las reformas legislativas para incorporar al ordenamiento jurídico el resultado de aquellos contenciosos.

En todo caso parece quizás más apropiado resolver las dudas a través de la acción legislativa y no de los pronunciamientos judiciales.

Estas novedades normativas sintéticamente podrían reducirse de forma esquemática a los siguientes cambios, hoy ya en vigor, y que no se habían basado en sentencias jurisdiccionales, de lentísima gestación si el legislador hubiera clasificado la situación desde un primer momento, basándose en los propios conceptos inequívocos que le ofrecía el Derecho del Trabajo: Convenio, Pacto Extraestatutario, expectativa de derecho, etc.

Las novedades legislativas en el ámbito de la Previsión Social Complementaria introducidas por la Ley 24/2001 son las siguientes:

- I. Principales novedades relativas a aspectos regulatorios:
Planes de pensiones del sistema de empleo.
 1. En Convenio Colectivo se podrá prever la incorporación directa de los empleados al Plan de Pensiones, salvo que éstos declaren su negativa a ello.
 2. Se permite la adhesión inmediata de los empleados al Plan de Pensiones, siendo posible desde el ingreso del empleado en la plantilla del promotor.

3. La condición de partícipe podrá extenderse a los socios trabajadores y de trabajo en los Planes de Pensiones de empleo promovido en el ámbito de sociedades cooperativas y laborales.
4. En la Comisión de Control, la representación del promotor será, con carácter general, paritaria (50%).

I.2. La representación de las partes integrantes en la Comisión de Control, se articula de la siguiente manera:

1. Si el Plan es de aportación definida para la contingencia de jubilación las decisiones de inversión requerirán, al menos, el voto favorable de la mitad de los representantes de los partícipes.
2. Si el Plan es de prestación definida o mixto, las decisiones que afecten al coste económico asumido por la empresa de las prestaciones definidas requerirá, al menos, el voto favorable de la mitad de los representantes del promotor.

I.3. Aparece una norma transitoria de tres años para la aplicación del nuevo principio de paridad.

I.4. Por lo demás, los Planes de Pensiones del sistema de empleo sólo podrán integrarse en fondos de pensiones que integren planes de pensiones de dicho sistema.

I.5. Se admiten los Planes de pensiones de promoción conjunta:

1. Se permite la promoción de Planes de Pensiones de promoción conjunta de la modalidad de aportación definida, mixta o de prestación definida.
2. Las empresas promotoras de varios Planes de empleo, que, por operaciones societarias, se encuentren con varios Planes de Pensiones deberá integrarlos en un único Plan en un plazo de doce meses.

B. Las Modificaciones Generales pueden en consecuencia resumirse del siguiente modo:

1. Las entidades gestoras de Fondos de pensiones podrán contratar la gestión de las inversiones de los Fondos de pensiones que administran con terceras entidades.
2. Las entidades depositarias de Fondos de pensiones podrán confiar en un tercero la gestión, administración y depósito de los mismos, sin que, por ello, pierdan su responsabilidad de custodia.
3. Cuando la estructura y organización del mercado de Planes de pensiones lo permita, se desarrollará la contratación por vía electrónica de Planes de pensiones.

Vistas estas reformas llevadas a cabo a impulsos de la existencia de numerosos pleitos puede decirse que, la confusión puede, por lo demás, agravarse si en el ámbito de la Unión Europea no se exige la especificación nítida de lo que deben ocupar cada uno de los dos campos, y si no se parte de la aceptación de unos conceptos unívocos y de general aceptación, al tiempo de alumbrar los acuerdos, que, en su seno, se están gestando, a saber: por un lado el proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las actividades y a la supervisión de los Fondos de Pensiones de Empleo, que, bajo el número de expediente interinstitucional 2000/0260 se está debatiendo y que ha sido redactada en su última versión con fecha 3 de octubre y 8 de octubre del año 2002, la cual fue precedida de las consultas correspondientes a los interlocutores sociales, sobre la posible aprobación de una norma comunitaria, acerca de la movilización y traspaso a cualquier ámbito nacional de otro país de la Unión Europea de los derechos sobre pensiones complementarias, lo que finalizó el 2 de julio de 2002, y se recogió en un texto de dicha fecha por el Consejo de la Unión.

Mas esto debe ser objeto de tratamiento en otro estudio. Del presente debe extraerse la idea de que resulta indispensable la clarificación de situaciones, posiciones, definiciones y ámbitos, antes de abordar una regulación ordenada de las pensiones y de la Acción Complementaria de la Seguridad Social, si se quiere avanzar ordenadamente en un campo, que, cada día, resultará de mayor trascendencia para el ciudadano individual, la vida de la sociedad y la estabilidad económica.

Bibliografía

- ALMANSA PASTOR: *Derecho de la Seguridad Social*. Madrid.
- ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho Comunitario*. Ed. Ceura. Madrid.
- ALONSO OLEA, M.: *Aspectos sociales de la Comunidad Económica Europea*. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid.
- ALONSO OLEA y TORTUERO: *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid.
- ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*. Editorial: Servicio Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Madrid.
- ALONSO OLEA, M. y BARREIRO, G.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Editorial Civitas. Madrid.
- BORRAJO DACRUZ, E.: *De las Comunidades Europeas a la Unión Europea: El acta única y la Europa Social*. Actualidad Laboral n.º 20.
- COLINA ROBLEDO, M.: «La política social de las Comunidades Europeas». *Revista de Trabajo* n.º 78.
- COLINA ROBLEDO, M.: *Derecho Social Comunitario*. Tirant lo Blanch. Valencia.

- COLINA ROBLEDO, M.: «Relaciones laborales y condiciones de trabajo en el derecho comunitario europeo». *La Política Social en la C.E.* Madrid.
- COLINA ROBLEDO, M.: «Aspectos sociales de la Presidencia española en el Consejo de las C.E.». *Documentación laboral* núms. 27/28.
- COMISIÓN EUROPEA. «Informe sobre el estudio comparativo de las normas relativas y las condiciones laborales en los Estados miembros». *Documentación Laboral*, núms. 27/28.
- DIEGO CANO: *Políticas de privatización. Aproximación Teórica*. Consejo Económico y Social. Madrid.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: *Las Directivas laborales de la Comunidad Europea. Información a los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo*. II jornadas sobre la Comunidad Europea. Sevilla.
- FRAGA IRIBARNE, M.: «La dimensión social de la Europa Comunitaria». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 37.
- FONT GALAN, Juan Ignacio: *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- GALIANA MORENO, J.M.: «El lento camino de gestación de la política comunitaria». *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 37.
- GÁRATE CASTRO: *La racionalización de las pensiones de Seguridad Social*. Pamplona.
- GARCÍA BECEDAS, G.: *Introducción del Derecho Español del Trabajo*. Madrid.
- GUY, Isaac: *Manual de Derecho Comunitario General*.
- JAVILLIER, J.: *Derecho del Trabajo*. Editorial: Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid.
- LOSADA GONZÁLEZ, Herminio: «Tratado de la UE». *Textos consolidados de los Tratados Comunitarios*. Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas. Madrid.
- LOUIS, Jean Víctor: *El ordenamiento jurídico comunitario*, Colección. «Perspectivas Europeas». Bruselas.
- LLUIS Y NAVAS, J.: *Manual de Derecho Laboral*. Barcelona.
- MANGAS MARTÍN, Araceli: *Derecho comunitario europeo y Derecho español*. Editorial Extecom, S.A.
- MINISTERIO DE TRABAJO: *Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse*.
- MOLINA DEL POZO, D.F.: *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. Madrid.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Armonización de políticas y derechos sociales*. Instituciones de Derecho Social Europeo. Ed. Tecnos. Madrid.
- MONTOYA MELGAR, A. y otros: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Editorial Aranzadi. Madrid.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*. A. Montoya. Editorial: Tecnos. Madrid.
- OLIETPALA, B.: *La extensión de la responsabilidad en materia de Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo.
- OLIETPALA, B.: *Normas presupuestarias, pensiones públicas y protección social complementaria*. Ministerio de Trabajo.

- PALOMEQUE, C.: *Derecho Sindical Español*. Editorial: Tecnos. Madrid.
- PÉREZ AMORÓS, F.: «El derecho social de la Comunidad Europea y su incidencia en el ordenamiento laboral especial». *Revista Técnico-Laboral*. Vol. XI. n.º 42.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *Derecho Social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Ed. Civitas. Madrid.
- REY GUANTER, S.: «Los instrumentos normativos del Tratado de Roma en el desarrollo de la política social comunitaria». *Relaciones Laborales* n.º 21.
- REY GUANTER, S.: *Principios y tendencias en el Derecho Social Comunitario*. II Jornadas sobre Comunidad Europea. Sevilla.
- RIVAS, JONCZY Y SECHE: *Derecho Social Europeo*. Instituto de Estudios Laborales. Madrid.
- RODRÍGUEZ RAMOS, D.J. y otros: *Sistema de Seguridad Social y otros*. Madrid.
- ROUSSOMANO, V.: *Principios Generales de Derecho Sindical*. Editorial: Instituto de Estudios Políticos, página 216. Madrid.
- SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. (1986): *Introducción al Derecho Social Comunitario*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.
- SERRANO DE TRIANA, A.: *La responsabilidad subsidiaria en la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *El Espacio Social Europeo*. Estudios ofrecidos al Prof. Alonso Olea. Madrid.
- VILLA, L.E. y otros: *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Editorial: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Madrid.
- WOLFRANG DAUBLER: *Derecho del Trabajo*. Editorial: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid.

LA PROHIBICION DE AUTOCONTRATACION EN LA REPRESENTACION LEGAL. ESTUDIO HISTORICO Y REGULACION ACTUAL

Prof. Gema Tomás Martínez

Sumario: 1. El autocontrato como concepto moderno. 2. La cuestión en Derecho romano. 2.1. Límites de autocontracción del tutor en Derecho romano clásico. 2.1.1. Prohibición de comprar por el tutor cosas del pupilo. 2.1.2. El préstamo del pupilo al tutor. 2.2. Evolución en derecho postclásico. 3. Referencias en Derecho visigodo y castellano al contrato consigo mismo. 3.1. Regulación en las Partidas. 3.2. La Novísima Recopilación. 4. La recepción del tema en el Código civil. 4.1. El conflicto de intereses en la representación legal. 4.2. La prohibición de transmisiones onerosas entre cargo tutelar y representado.

1. El autocontrato como concepto moderno

Con el nombre de autocontrato se conoce el fenómeno por el cual un sujeto celebra un contrato consigo mismo. Es el caso del representante que realiza el negocio en nombre del representado y en el suyo propio. Su sola denominación pugna con la esencia misma de contrato concebido como acuerdo de voluntades, y basado en el consentimiento de dos personas que acercan sus intereses para producir efectos jurídicos.

La autocontratación resulta estrechamente vinculada a la representación, a la actuación de una persona en nombre propio y en el de otro¹.

¹ El enlace del autocontrato con la representación no es una cuestión pacífica. Algunos autores consideran que son dos fenómenos que no van necesariamente unidos, sino que puede existir autocontratación sin que exista representación. Defiende esta tesis F. DE CASTRO Y BRAVO, «El autocontrato en el Derecho privado español», *RGLJ* t.151, (1927) pp. 365-366, y aporta como ejemplos el caso de la sociedad reducida a un solo miembro, el de la mujer casada que establece la situación de los parafernales o el caso de herencia aceptada a beneficio de inventario. En esta línea también R. ROCA SASTRE, «La autocontratación y los patrimonios especiales. De los actos consigo mismo o algo más sobre la autocontratación», *RCDI* (1927) pp. 506-512, con observaciones a cargo de J. GONZÁLEZ MARTÍNEZ (pp. 512-521) quien parte de admitir que una persona puede ser titular de varios patrimonios especiales y establecer relaciones entre ellos. Sin embargo, la postura mayoritaria considera que existe una relación intrínseca entre la problemática del autocontrato y el mecanismo de la representación. En este sentido, M. DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, *El*

En un sentido moderno, la doctrina sitúa su origen en la época medieval, cuando la necesidad del tráfico comercial hace surgir la costumbre de que el comisionista entre en el negocio del representado y compre lo que se le ha encargado vender, o venda lo que se le ha encargado comprar. Un uso muy extendido, al parecer, en las ciudades italianas y alemanas². En Roma, sin embargo, la representación tenía un espacio restringido y en rigor no se conocía esta institución. Además, la propia estructura de algunos contratos y de actos de transmisión dominical formales imposibilitaban *per se* la celebración de un autocontrato. No obstante, aunque ciertamente el Derecho romano no supo del fenómeno del autocontrato, sí que en él se produjeron situaciones que hoy caerían dentro del mismo, y que fueron abordadas por la jurisprudencia romana, como se verá más adelante.

Más allá de estos antecedentes que explican la razón de ser de varios preceptos e incluso de su emplazamiento en el Código civil, lo cierto es que fue la preocupación dogmática del siglo XIX la que revela la figura de la autocontratación al terreno conceptual. Hasta entonces no pasaba de ser una costumbre, permitida en ciertos ámbitos, y prohibida por la ley en otros tantos. A partir de entonces, sin embargo, se plantea la cuestión de su posibilidad jurídica, e incluso psicológica³, de

auto-contrato, Madrid, 1990, pp. 67-87, entiende que estos casos en los que el autocontrato parece estar desvinculado de la representación, en puridad, no son verdaderos autocontratos. La similitud con ellos es puramente formal. Incluso el mismo DE CASTRO (p. 367) reconoce que «en la práctica los casos en que presenta mayor interés el autocontrato son los de representación voluntaria o legal, pues en ellos se manifiesta con la mayor gravedad la oposición de intereses.»

² Este es el origen que le atribuye DE CASTRO, [n.1] pp. 337-338. Le sigue en esta idea la doctrina española. Por todos, L. Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, reimp. 1992, pp. 200 ss.

³ El primer estudio del siglo XIX se debe a RÖMER, «Rechtsgeschäft des Stellvertreter mit sich selbst», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, XIX. (citado por DE CASTRO, *op. cit.*, p. 334). Se abre con esta obra un período en el que comienza a pronunciarse la doctrina sobre el tema, su admisibilidad y naturaleza jurídica (ver el estudio sistemático que hizo este último autor citado en pp. 339 ss. Entre los trabajos más actuales sobre el tema destacan los del Prof. A. WACKE. En este trabajo se citará la conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado bajo el título: «La autocontratación en el derecho de representación romano y moderno», *AAMN*, vol. XXIX (1990) pp. 243-268 (texto ampliado de las conferencias pronunciadas en el Colegio de Notarios de Barcelona (1985) y en la Academia Matritense del Notariado (1987). Más ampliamente, otros trabajos del mismo autor: «Selbstkontrahieren im römischen Vertretungsrecht», *Iuris professio, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien/Köln, 1986, pp. 289-317, y en «Tilgungsakte durch Insihgeschäft. Zur Leistung eines Tutors oder Prokurators an sich selbst», *Savigny-Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, rom. Abt.103 (1986) pp. 223-247, y los que referencia sobre el estado actual de la cuestión en derecho alemán. En Italia no puede dejar de mencionarse la obra de C. D'ONISI, *Il contratto con se stesso*, Camerino, 1982.

que un solo sujeto realice un «contrato consigo mismo». Expresión esta última más correcta a todas luces que la de «autocontrato»⁴, a pesar de que ésta resulta mucho más impactante por su laconismo paradógico —razón, sin duda, de su mayor arraigo—. Se abre entonces la puerta a las más variadas construcciones sobre su configuración jurídica y a la cuestión de su admisibilidad. Hoy está aceptada tanto por la jurisprudencia⁵ como por la doctrina⁶, que avalan sin ambages esta fórmula de simplificación del tráfico jurídico. Sin embargo continúa resultando controvertida la de su naturaleza jurídica, oscilando entre quienes lo caracterizan como contrato⁷ y los que postulan su calificación como acto jurídico unilateral con matices diversos⁸.

⁴ En el ámbito mercantil se ha impuesto la expresión «autoentrada», introducida en España por M. TRAVIESAS, «La representación y otras figuras afines», *RDPriv* núm. 113 (1923) pp. 33-50. Se trata de la traducción literal del alemán *Selbsteintreitt*. En Alemania (WACKE, [n-3] p. 246) prefiere la expresión *Selbstkontrahieren* (contratar consigo mismo) o *Insichgeschäft* (negocio concluido consigo mismo). En términos específicos, sobre agentes de Bolsa, ver J.M. OTERO LASTRES, «La autoentrada de los Agentes de Cambio y Bolsa», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Prof. A. Polo*, Madrid, 1981, pp. 782-810.

⁵ La jurisprudencia ha evolucionado a lo largo del siglo XX desde una posición originaria radicalmente contraria al autocontrato (STS 6 de marzo de 1909; 24 de marzo de 1930) hasta la tesis abiertamente favorable a la admisión. Contrariamente, la Dirección General de los Registros planteó la cuestión en términos más abiertos y progresistas. Así la Resolución de 29 de diciembre de 1922 entendió que debe admitirse: «cuando el representado dé para ello su autorización, o la ley la presuponga, cuando se trate de cumplir una obligación ya contraída, y en fin, cuando la causa jurídica o la correspondencia de intereses de ambas partes aleje toda sospecha de lesión en una de ellas». Precisamente, la situación fáctica objeto de discusión era la misma que la planteada ante el Alto Tribunal en 1909, la de una donación hecha a un hijo por su padre, y aceptada por éste en representación de aquél. La tesis registral fue ratificada años después en la Resolución de 30 de mayo de 1930; la de 9 de febrero de 1946; 15 de julio de 1952 y 30 de junio de 1956. Finalmente el Tribunal Supremo se incorpora a esta tendencia aperturista en los años 50 (ver sentencia de 5 de noviembre de 1956; y en adelante: 27 octubre de 1966; 21 febrero 1968) en la línea de que fuera de las situaciones en las que se detecte una posible situación conflictiva, no hay razón legal suficiente para negar eficacia al autocontrato como una forma lícita y simplificadora del tráfico jurídico. Precisamente los hechos sobre los que versaba la resolución citada que marca un punto de inflexión, también era relativa a una donación de padres a hijos. Sobre esta evolución, en detalle: F. SOTO NIETO, «El autocontrato o contrato consigo mismo», *Derecho vivo*, II, Madrid, 1971, pp. 327-354.

⁶ En la doctrina española ha sido minoritaria la postura que niega la existencia de la figura. Puede mencionarse a CASCOS, «Un contrato muy usual en España», *RCDI*, núm. 71 (1930) pp. 834 ss. Referencias de derecho comparado en esta línea negativa pueden encontrarse en DE CASTRO, [n.1] pp. 339 ss. y DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] pp. 48 ss.

⁷ Las posturas más tradicionales intentaron encajar el contrato consigo mismo dentro de la categoría del contrato, por entender que no hay óbice, jurídicamente hablando, a que a través de la declaración de voluntad de una persona puedan producirse derechos y obligaciones entre dos patrimonios, sobre los cuales tiene derecho de disposición aquélla. Avala

No se tratará en este trabajo de elucubrar sobre la naturaleza del autocontrato, sino que se destacará a continuación la regulación histórica y también actual que tiene esta institución respecto a la representación legal, así como sus límites en la contratación de bienes de aquellos de cuya administración se ocupan. Resulta curioso que el Código civil preste notable atención a la posibilidad de que el cargo tutelar contrate en su nombre y en el del tutelado, no sólo en sede de tutela, sino también de compraventa, a pesar de ser una hipótesis poco frecuente; a diferencia de lo que acontece con la representación voluntaria. Concretamente, con relación a la compraventa, el artículo 1.459 del Código civil, precepto significativo en nuestro Derecho en esta materia, alude en el primer párrafo a la prohibición que afecta al tutor de adquirir co-

esta tesis la evolución dogmática respecto al derecho romano que supone considerar la obligación, no como un *vinculum iuris* entre dos personas, sino entre dos masas patrimoniales. Una recuperación de las mismas en Italia y Alemania, con sus referencias españolas, puede encontrarse en el clásico trabajo sobre el tema ya citado de F. DE CASTRO. También pueden verse recensiones de las diversas teorías sobre este controvertido tema en diversos trabajos como: TRAVIESAS, [n.4] pp. 33-50; A. ROVIRA MOLA, «Contrato consigo mismo», *N.E. Seix* t. V, Barcelona, 1953, p. 384; M.J. DE ROMEO Y LAGUNAS, «El problema de los negocios concluidos consigo mismo», *RDEA*, t.1 (1963) pp. 105-108. Otros han mantenido este mismo criterio como F. GARCÍA REVILLO Y GARCÍA, *El llamado autocontrato*, Salamanca, 1934, p. 39. Ver estudio de H. MASNATTA, *La autocontratación*, Buenos Aires, 1965.

⁸ F. de Castro sigue al jurista alemán Max RÜMELIN, *Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht*, 1888, quien fue pionero en postular una construcción del autocontrato no contractualista. Para De Castro, el autocontrato no es un verdadero contrato sino un acto jurídico unilateral, por el cual una persona con poder de disposición sobre varios patrimonios establece relaciones jurídicas entre ellos ([n.1] pp. 367-377; e igualmente en *Temas de derecho civil*, Madrid, 1972, pp. 114 ss.). Ahora bien, la aceptación de esta tesis plantea problemas porque no se ajusta al molde estricto de un acto unilateral. De hecho, el mismo De Castro lo configuró como acto unilateral de carácter especial (p. 372). Y ciertamente, DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] pp. 65-66, considera que aunque formalmente responde a un acto unilateral, los efectos no son unidireccionales, sino que la voluntad de quien no consta formalmente en el contrato está latente en el mismo y conserva una necesaria autonomía, que refleja los intereses implicados negocialmente. Hay una declaración negocial de producción unisubjetiva y de estructuración bilateral. Así que morfológicamente no será un contrato, pero quizás estructuralmente sí que lo sea. En esta línea crítica se coloca también DíEZ-PICAZO, [n.2] pp. 203-206, para quien aun considerando que la unilateralidad es la más acertada, plantea problemas normativos en nuestro Derecho dado que no encaja en el art. 1.089 como fuente de obligaciones y habría que ver si el autocontrato debe valer como *lex privata* en la medida en que el representante ostente un especial poder de representación o de disposición sobre la esfera jurídica declarante, equiparándose a un contrato y en esta medida establecer los límites de su admisibilidad por cuanto se preserva la inmunidad del representado frente a cualquier lesión que pudiera experimentar. E igualmente J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II-vol. 1.º, Barcelona, 1988, pp. 50-51, opina que existen dos partes contratantes desde el momento en que hay dos esferas de intereses diferentes.

sas del pupilo, y en un segundo lugar, al mandatario, el cual genera mayor fenomenología en materia de autocontratación.

Esto no tiene otra explicación que la que resulta de su génesis histórica que ha girado en torno a la tutela en las fuentes romanas, a la que se fue añadiendo posteriormente otras posibles situaciones de representación o administración de intereses ajenos, la mayoría ya previstos de forma dispersa y tangencial en el Derecho romano. Este no conoció la autocontratación, como se ha dicho anteriormente, pero sí percibió la situación que late en esta institución: el posible conflicto de intereses, el riesgo de abuso ante la tesitura en que se encuentra el representante, entre optar por el beneficio del representado o el suyo propio. Ese peligro atrae a todo ordenamiento jurídico y eso ocurrió también con el Derecho romano, y dado que en éste la representación voluntaria tenía un alcance muy restringido y el ámbito de la representación giraba básicamente en torno a la tutela —institución que por aquél entonces tenía mayor vigor y alcance que en la actualidad—, fue respecto a ésta que surgió la necesidad de aclarar las limitaciones del tutor a la disposición de bienes del tutelado.

Así se verá a continuación, al estudiarse en concreto la autocontratación con relación a la representación legal, cuya incidencia contractual en la actualidad, respecto a la representación voluntaria, es mucho menor, al contrario de lo que sucedía en la sociedad romana.

2. La cuestión en Derecho romano

En diferentes pasajes se pone de relieve la preocupación por el posible conflicto de intereses, que llevó a establecer ciertas prohibiciones a que un representante pudiera contratar consigo mismo, en nombre propio y en el del representado. Dichos textos fueron utilizados en el siglo XIX y principios del XX, en ocasiones para defender su admisión y en otras para pedir su prohibición⁹. Se trata de situaciones que se plantearon fundamentalmente sobre la tutela, sin perjuicio de su extensión por analogía a otros supuestos de representación voluntaria, cuya actuación en Roma era ocasional¹⁰. No hay referencias tampoco sobre

⁹ Ver el estudio profuso de la doctrina alemana clásica sobre el tema en DE CASTRO, [n.1] pp. 335 ss.

¹⁰ Sobre el *procurator*, entre otros, ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, *Studi* 3, pp. 497 ss. e Idem, «Ancora versus y falsus procurator», *SDHI*, 2 (1936) pp. 167 ss.; BONFANTE, «Facoltà e decadenza del procuratore romano», *Scritti* 3, pp. 250 ss.; BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino, 1950; BRETONE, «*Adquisitio per procuratorem?*», *LABEO*, 1 (1955) pp. 282 ss.; J. IGLESIAS, *Derecho romano*, 11.ª ed., Madrid, 1993, pp. 389-390.

contratos de un *pater* sobre cosas del *filius* o del esclavo, dado que éstos eran meros órganos sometidos a potestad, instrumentos al servicio de su actividad patrimonial.

2.1. Límites de autocontracción del tutor en Derecho romano clásico

En las fuentes romanas se encuentran referencias a dos contratos que pudiera celebrar el tutor en su nombre y en el del pupilo: la compraventa y el préstamo.

2.1.1. PROHIBICIÓN DE COMPRAR POR EL TUTOR COSAS DEL PUPILO

Con relación a la compraventa se enuncia como principio general el contenido en Dig 18,1,34,7 (Paul, *ad ed* 33), según el cual el tutor no puede comprar para sí mismo cosas del pupilo. Prohibición que se extiende por analogía a *curatores* y *procuratores*: *Tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum est ad similia, id est ad curatores procuratores et qui negotia aliena gerunt.*

Dicha regla se confirma en sede de tutela. El pasaje Dig 26,8,5,2 (Ulp, *ad Sab* 40), al referirse a la *auctoritas* y al consentimiento que puede prestar el tutor, afirma que no puede actuar él mismo como comprador y vendedor: *Item ipse tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest.*

No obstante, la nulidad del contrato que hubiese celebrado el tutor, en contra de la prohibición, no era definitiva, sino que el pupilo podía confirmar la compra llegada a la mayoría de edad. Así resulta de Dig 26,8,5,2 *in fine* (Ulp, *ad Sab* 40): [...] *sane si suae aetatis factus comprobaverit emptionem, contractus valet.*

El punto de partida de esta regulación es el ejercicio de la tutela en Roma, que obliga al tutor a obtener del patrimonio pupilar el máximo rendimiento posible. Para conseguirlo está legitimado en derecho clásico incluso para vender bienes, sin necesidad de autorización judicial alguna. De hecho, se le califica como propietario, en la medida en que la función del tutor romano en esta época no era la de velar personalmente por su guarda ni por su educación, sino por su fortuna, defendiendo sus intereses patrimoniales¹¹. Era algo más que un mero administrador, de ahí esa consideración de *dominus* del patrimonio pupilar que resulta de las fuentes¹²,

¹¹ Sobre el ejercicio de la tutela en ese sentido L. SANZ MARTÍN, *La tutela del Código civil y su antecedente histórico: la tutela romana*, Madrid, 1998, pp. 141 ss.

¹² Como los siguientes: Dig 26,7,27 (Paul, *ad Plaut* 7): *Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.* O cuando dice que el tutor hace

y en ese sentido podía el tutor disponer de los bienes del pupilo, buscando su capitalización. O bien podía ocurrir que la venta fuera apremiante porque el pupilo necesitara dinero o incluso que se tratara de vender bienes perecederos¹³. Pues bien, cumpliendo con su función debía realizar aquellas operaciones patrimoniales integrando su falta de capacidad, pero su intervención le incapacitaría para comprar para sí lo que vende en nombre del representado¹⁴.

Además la prohibición no es sólo, como puede entenderse, para los casos de compra directa, sino que se advierte de su nulidad si se hace por persona interpuesta¹⁵. Algo lógico dado que la razón de esta prohibición no parece ser otra que la de evitar el conflicto en que podía verse implicado el tutor, que estaría tentado de comprar al precio más bajo posible, en contra de los intereses del representado. Ello explica la existencia en las fuentes de tres excepciones a dicha prohibición. Se trata de tres circunstancias en las que no hay tal riesgo dado que la determinación del precio en esos supuestos no queda a su voluntad. En primer lugar, cuando el tutor compraba de un cotutor, en el caso de que lo hubiese¹⁶; en segundo lugar, cuando lo hacía del acreedor pignoraticio¹⁷; y en tercero, cuando la compra se efectuaba en pública subasta¹⁸.

las veces de propietario: Dig 47,2,57,4 (Iul, Dig 22): [...] *quia tutor domini loco habetur*. O cuando se afirma que el tutor hace las veces de propietario en la administración de la tutela, pero no cuando despoja al pupilo de sus bienes: Dig 41,4,7,3 (Iul, dig 44): [...] *nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat*.

¹³ Dig 26,7,48 (Hermog, iur. epit 1).

¹⁴ Aunque el sentido literal permitiría concluir que tampoco puede el tutor vender lo que el pupilo estuviera interesado en comprar, lo cierto es que el pasaje se refiere a la compra por el tutor, dado que ésa será la situación más probable en la que el pupilo pueda encontrarse. En cualquier caso, también sería una hipótesis prohibida. Así lo entiende WACKE, [n.3] p. 261, tomando en consideración Dig 18,1,34,7 (Paul, ad ed 33).

¹⁵ Dig 26,8,5,3 (Ulp, ad Sab 40): *Sed si per interpositam personam rem pupilli emerit, in ea causa est, ut emptio nullius momenti sit, quia non bona fide videtur rem gessisse: et ita est rescriptum a divo Severo et Antonino*.

¹⁶ Dig 26,8,5,2 (Ulp, ad Sab 40): [...] *sed enim si contutorem habeat, cuius auctoritas sufficit, procul dubio emere potest, sed si mala fide emptio intercesserit, nullius erit momenti ideoque nec usucapere potest*. Sobre la cotutela puede verse E.VARELA, *De cotutoribus*, Madrid, 1979.

¹⁷ Dig 26,8,5,5 (Ulp, ad Sab 40): *Sed et si creditor pupilli distrahat, aequae emere bona fide poterit*.

¹⁸ Dig 41,4,2,8 (Paul, ad ed 54): *Tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse, emit. Servius autem posse eum usucapere: in cuius opinionem decursum est eo, quod deterior causa pupilli non fit, si propius habeat emptorem, et, si minoris emerit, tutelae iudicio tenetur ac si alii minoris addixisset: idque et a divo Traiano constitutum dicitur*. Igualmente en Cod, 4, 38,5: [...] *Quum ipse tutor nihil ex boni pupilli, quae distrahi possunt, comparare palam et bona fide prohibetur*[...]. La mención a Servio Sulpicio en Dig 41,4,2,8 hace pensar a WACKE, [n.3] p. 257, que la prohibición de autocontratos de com-

Resulta especialmente interesante esta última, que sigue siendo objeto de especial referencia en el derecho vigente (cfr. art. 1.459 Código civil).

La prohibición de autocontratación para el tutor, relativa a la compraventa, se extiende por analogía a los *curatores* y a los *procuratores*¹⁹, como antes se ha visto; y los emperadores también la aplicaron a los funcionarios, salvo que tuvieran permiso expreso para autocontratar²⁰. La idea central es por tanto evitar todo riesgo de abuso por parte de quien esté gestionando o administrando un patrimonio ajeno. Situaciones todas ellas que recoge el actual artículo 1.459 del Código civil.

Por ello el *ius civile*, según Ulpiano, no admitía que el tutor prestase su *auctoritas* en asuntos propios²¹. Y en consecuencia, con más razón, se le prohibía la autocontratación antedicha, en la que se corre el riesgo de abuso en un asunto de interés del pupilo, no del tutor, en el que éste podría beneficiarse de modo directo mediante la fijación de un precio a su medida. Por eso, allí donde no se vio riesgo, el espíritu fue el de la admisibilidad, como se ha recogido en las tres excepciones antes mencionadas.

En este sentido, puede decirse lo mismo de los actos liberatorios que suponían el mero cumplimiento de una obligación. Es decir, el tutor podía hacer y recibir pagos en el ejercicio de su cargo, e incluso

praventa entre tutor y pupilo «podría ser un poco más reciente que la de prestar la *auctoritas in rem suam*». En el mismo sentido se dice para el *procurator*, en el párrafo siguiente núm. 9: *Procuratorem quoque, qui ex aucionem, quam mandatu domini facit, emerit, ple-rique putant utilitatis causa pro emptore usucapturum*.

¹⁹ Dig 18,1,34,7 (Paul, *ad ed* 33).

²⁰ Dig 18,1,46 (Marcian, *sing de delat.*): *Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam: alioquin non tentum rem amittit, sed et in quadruplum convenitur secundum constitutionem Severi et Antonini: et hoc ad procuratorem quoque Caesaris pertinet*. Por tanto, la prohibición es más severa en la medida en que no sólo pierden lo que así han adquirido sino que además se les impondría una multa por el cuádruplo.

²¹ Dig 26,8,1, pr. (Ulp, *ad Sab* 1): *Quamquam regula sit iuris civilis in rem suam auctorem tutores fieri non posse [...]*. Tampoco podría intervenir en un proceso contra el tutelado, sería necesario el nombramiento de un tutor *praetorius* especial (Gai, 1,184); *curator* para Justiniano (Inst, 1,21,3). Según WACKE, [n.3] pp. 251-255, esta regla calificada por Ulpiano de *ius civile*, parece anterior incluso a la de prohibir la autocontratación en el contrato de compraventa antes vista. Comenta este autor una excepción importante que relata Ulpiano en el mismo lugar, relativa a la adición de una herencia de un deudor del tutor, de suerte que el tutelado se convertiría en deudor del tutor. Entiende que la excepción se justifica por cuanto esto último es un efecto secundario o mediato, siendo el inmediato el que el pupilo se convierta en heredero. De otro lado, el tutor responde siempre con la *actio tutelae* en el caso de que la adición le resultare desventajosa. Sobre la *auctoritas*, ver BONFANTE, *Corso de diritto romano*, I, *Diritto de famiglia*, Milano, 1963, pp. 600 ss., S. SOLAZZI, «Tutoris auctoritas e consortium», *Scritti di diritto romano*, 4 (1963), pp. 527-564; A. GUARINO, «Notazione romanistiche: I genesi storica dell'*auctoritas patrum*», *Studi in on. Solazzi*, Napoli, 1948, pp. 21-46.

consigo mismo: se cobraba del patrimonio del pupilo lo que éste le debiese, mediante el pago en nombre de éste (*sibi solvere*)²², y viceversa, pagaba al tutelado autoliberándose de una obligación pendiente (*a se exigere*)²³. En realidad, estos actos de cancelar las obligaciones y hacer efectivos los créditos formaban parte de sus deberes y la asunción de esta gestión patrimonial estaba rodeada de mecanismos para su control, como lo eran la carga de realizar un inventario del patrimonio pupilar²⁴, la llevanza de un control contable, y la exigibilidad de responsabilidad²⁵, con lo que el derecho romano diluía el posible abuso.

2.1.2. EL PRÉSTAMO DEL PUPILO AL TUTOR

Además de la prohibición del tutor de comprar bienes del representado, con las salvedades mencionadas, aluden las fuentes romanas a las posibles operaciones crediticias, en el doble sentido de préstamo del tutor al pupilo y del pupilo al tutor. Y como antes se ha dicho, la lectura de las fuentes obliga a plantearse de un lado la concepción dinámica de la función tutelar que le exige obtener un provecho de su patrimonio y procurar acrecentarlo en lo posible; y de otro lado, el posible conflicto de intereses.

En este sentido se prohibió que el tutor concediese un préstamo a su pupilo, como refleja Dig 26,8,5, pr (Ulp, *ad Sab* 40)²⁶, porque ello implicaba su endeudamiento; pero sí era admisible lo contrario, que el prestatario fuera el propio tutor, como refleja Dig 26,7,9,7 (Ulp, *ad ed* 36), porque ésta era una forma de capitalizar su dinero²⁷. La validez de

²² Dig 26,7,9,3 (Ulp, *ad ed* 36): *Et generaliter quod adversus alium praestare debuit pupillo suo, id adversus se quoque praestare debet, fortassis et plus: adversus alios experiri sine actione non potuit, aduersus se potuit.*

²³ Dig 26,7,9,5 (Ulp, *ad ed* 36): *Sicut autem solvere tutor quod debet, ita et exigere quod sibi debetur potest, si creditor fuit patris pupilli: nam et sibi solvere potest, si modo fuit pecunia unde solvat [...].*

²⁴ La obligación de hacer inventario, so pena de responsabilidad por dolo: Dig 26,7,7, pr. (Ulp, *ad ed* 35). La obligación efectiva de hacer ese inventario fue impuesta por Arcadio y Honorio (C 5,37,24, pr.). Ver IGLESIAS, [n.10] p. 513.

²⁵ El régimen de responsabilidad del tutor pasó por diferentes etapas. Entre otros: VARELA, «La *actio tutelae* y la infamia», *Estudios Iglesias*, 1988, pp. 155 ss.; DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto giustiniano*, Bari, 1954; A. GUZMÁN, *Caución tutelar en Derecho romano*, Pamplona, 1974 e Idem, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona, 1976.

²⁶ Dig 26,8,5, pr. (Ulp. *ad Sab* 40): *[...] sed et cum solus sit tutor mutuum pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est... [...].*

²⁷ Dig 26,7,9, 7 (Ulp., *ad ed* 36): *Non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus libro octavo digestorum scripsit, seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuum proscribendo.*

esta operación, que hoy calificaríamos de autocontrato, derivaría de la perfección del contrato literal correspondiente mediante la anotación por parte del representante en el libro de cuentas, como era costumbre en Roma, lo que daría lugar al nacimiento de esa obligación, quedando vinculado a su devolución de modo similar, como dice el texto, a cuando paga algo que debe al pupilo. En cuanto a los intereses, parece que debiera pagar el más alto posible (*masimae usurae*), como resulta de Dig 26,7,7,4 (Ulp, *ad ed* 35): *Pecuniae, quam in usus suos converte-runt tutores, legitimas usurae praestant [...]*²⁸, en lógica consecuencia de su deber de rentabilizar al máximo el patrimonio pupilar.

Esto es, el propio cargo de tutor le obligaba a emplear bien el capital del pupilo²⁹, a obtener del mismo la máxima rentabilidad posible (Dig 26,7,13,1 (Gai, *ad ed prov* 12), bien colocándolo en inmuebles o prestándolo a interés, incluso a sí mismo. En ese sentido se comprende que se aceptase que el préstamo fuera al propio tutor, en la medida en que lo que busca éste es el interés del pupilo. Al autoaceptar un préstamo del tutelado está cumpliendo su obligación, sirviendo a los intereses del representado, sin perjuicio de que con ello, simultáneamente, cubra una necesidad propia. El posible riesgo se desvanecía merced a la regulación de la responsabilidad tutelar y al propio sistema crediticio romano.

2.2. Evolución en derecho postclásico

El derecho romano, desde finales del siglo II dC. limita en gran medida la libertad de disposición del tutor respecto a los bienes del pupilo y va desapareciendo progresivamente la consideración de propietario que inicialmente tenía. Un senadoconsulto de la época de Severo y Caracalla del año 195 dC. le prohibió enajenar fundos rústicos y suburbanos sin la autorización del magistrado, y además, la operación debía estar prevista en el testamento del *pater*, o bien resultar necesaria para pagar deudas del pupilo de cuantía tan elevada que no pudieran afrontarse de otro modo³⁰.

Posteriormente la jurisprudencia romana fue extendiendo estas limitaciones a todo tipo de inmuebles y también a cosas de cierto valor, generalizándose en época postclásica y justiniana, para acabar imponiéndose como necesaria la autorización judicial para proceder a la

²⁸ A juicio de WACKE, [n.3] p. 265, el criterio de concreción sería el que correspondiese a la costumbre del lugar.

²⁹ WACKE, [n.3] pp. 265-266.

³⁰ Dig 27,9, pr-4 (Ulp, *ad ed* 35).

venta³¹. Este control sobre la actuación del tutor llegó incluso a afectar a la posibilidad que tenía en derecho clásico de cobrarse una deuda a sí mismo sobre el patrimonio tutelar, en la medida en que el emperador Justiniano exigió también para ello autorización del juez³². Sin embargo, nada nuevo se añadió en esta etapa respecto a la relación contractual tutor-tutelado.

3. Referencias en Derecho visigodo y castellano al contrato consigo mismo

Es difícil saber cuál fue el criterio recogido en derecho visigodo³³. En la *Lex Visigothorum*, obra recopiladora de normas visigodas promulgada por el rey Recesvinto en el año 654, como en su versión castellana del siglo XIII conocida como Fuero Juzgo, se alude al deber de los tutores de guardar por el bien del pupilo y de que no vendan lo que no necesitan³⁴. Parece en tal sentido que pudieran enajenar si la situación lo demandare, y no consta expresamente la exigencia de autorización judicial. Esta ausencia contrasta con documentos mozárabes encontrados en los que sí aparece una preceptiva aprobación del alcalde o alguacil, y además que la venta se hiciera de forma pública, en subasta³⁵.

³¹ Ver las disposiciones del emperador Constantino en C 5,37,22, sobre la necesidad de autorización judicial, con la salvedad de poder vender sin autorización cuando se trate de vestidos usados y animales superfluos (C 5,72, 4: *Et sine interpositione decreti tutores vel curatores quarumcunque personarum vestes detritas et supervacua animalia vendere permittimus*).

³² C 5,37,25: [...] *licere debitoris pupillorum vel adultorum ad eos solutionem facere, ita tamen, ut prius sententia iudicialis sine omni damno celebrata hoc permiserit*. [...] Sobre la tutela en época justiniana: G. CRIFÒ, *Rapporti tutelari nelle novelle giustinianee*, Pompei, 1965.

³³ Sobre la tutela en Derecho visigodo pueden verse las obras generales: K. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*, trad. Clavería, Barcelona 1944, pp. 310-330 y 327-351; A. D'ORS, *Estudios visigóticos*, II, *Código de Eurico*, Madrid, 1960, pp. 258 ss; y las referencias a la misma en A. MERCHÁN ALVAREZ, *La tutela de los menores en Castilla hasta fines del siglo XV*, Sevilla, 1976.

³⁴ La LV 3,4,3: *Ne tutores ab eis, quos in tuitione habeant, quascumque scripturas extorque presumant* (ed. K. ZEUMER, *Monumenta Germaniae Historiae (leges)*, vol. I, Hannover-Leipzig, 1902, p. 192); que el FJ 4,3,4 traduce: *Que los que defienden los huérfanos non les fagan fazer negun escripto: [...] Mas porque algunos defendedores los engannan por falagamiento, o por miedo, é fazen les dar recabdo, que les non demanden razon de sus cosas, o los fazen ende fazer algun escripto quen nunqua les fagan nenguna demanda, [...]* (MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Códigos antiguos de España*, I, Madrid, 1885, p. 33).

³⁵ MERCHÁN, [n.33] pp. 124 ss., recoge también las referencias a la cuestión en los diferentes Fueros.

Tampoco hay en este cuerpo normativo referencia alguna a la posibilidad de autoentrada en el negocio del propio representante.

Es en el derecho castellano donde reaparece la exigencia de autorización para poder disponer de bienes tutelares propia del derecho romano postclásico, y cuando afloran las prohibiciones romanas clásicas de contratación por el tutor de bienes del pupilo. Veamos en concreto las disposiciones contenidas en las Partidas y en la Novísima Recopilación, con el fin de recoger la tradición histórico jurídica de la prohibición romana antecedente del derecho vigente sobre el tema.

3.1. *Regulación en las Partidas*

Las Partidas contienen una regulación bastante detallada del deber de conservación de los bienes del huérfano y de la capacidad dispositiva del tutor. Este cuerpo legal recupera el sistema romano de la tutela y ello explica que de nuevo, como antes se ha dicho, se contemplen las referencias a las limitaciones que en Roma se imponían al tutor respecto a la adquisición de bienes pupilares.

La Partida 5,5,4³⁶ declara la inalienabilidad de los bienes de los huérfanos salvo necesidad o gran utilidad³⁷, con la prevención que se ha de tener ante esos actos dispositivos; que se traduce en la exigencia de intervención judicial para su licitud. Se añade a ello, por lo que nos atañe particularmente en este trabajo, que los tutores o guardadores no pueden comprar bienes del pupilo, salvo consentimiento judicial o de otro cotutor, si lo hubiera. Y aun así, la compra no es firme hasta transcurridos cuatro años desde que llegara a la mayor edad. No se establece ninguna otra excepción, como la adquisición en subasta que sí se contemplaba en Derecho romano:

³⁶ ALCUBILLA, [n.34] p. 527.

³⁷ En la Partida 6,16,18 se recogen los supuestos excepcionales en los que es posible la enajenación: a) para pagar las deudas que hubiese dejado el padre; b) para casar a alguna de sus hermanas, y por último c) para casarse él mismo, además de genéricamente «por otra razón derecha», como pudiera ser según MERCHÁN, la gran utilidad para el patrimonio del huérfano. Añade este autor que en las Partidas la venta de bienes raíces de los huérfanos por el tutor requiere como formalidad especial la realización de una carta de venta según un formulario legal que se adjunta (ver p. 131 y apéndice doc. núm. 31). También el Fuero Viejo de Castilla 5,4,2 (ca. segunda mitad del siglo XIII según G. SÁNCHEZ, *Libro de los Fueros de Castilla*, Barcelona, 1924) decía que «*por tres cosas pueden vender los guerfanos: por gouerno, por debda de padre o madre, o por pecho de Rey. Por estas tres cosas pueden vender suos bienes los que oueren guardador [...] e si por cualquier destas tres cosas fueren vendidos algunos de los bienes de los guerfanos, deuelos vender aquel que los touier en guarda con consejo del Alcalde, e la venta que aynsi fuer fecha a aquel que mas dier [...]*» (ALCUBILLA, [n.34] p. 99).

Como los guardadores non pueden comprar ninguna cosa de los bienes de los huerfanos que tienen en guarda: Tytores son llamados en latin los que son guardadores de los menores de catorze años. E estos atales no deuen enagenar las cosas de los huerfanos: fueras ende, quando les fuessen tan gran menester que non podrian al fazer, ó por gran pro dellos: e estonce se ha de fazer con muy grand sabiduria, e con otorgamiento del juez del logar. Pero dezimos que ninguno de los guardadores, non pueden comprar ninguna cosa, de las que fueren de aquel, que tienen en guardia: fueras ende, si lo fiziesse con otorgamiento del juez del logar, o de alguno otro que lo ouiesse otrosi en guarda tambien como el. E aun ha menester, que aquello quedesta guisa comprare del: que sea a pro del huerfano: e non a su daño. Ca si engañado se fallasse el menor, por razón de tal vendida, puedela desfazer, despues que fuere de edad cumplida, fasta quatro años: assi como dezimos en las leyes que fablan de la guarda de los menores, e de los bienes dellos.³⁸

Respecto a este tema, las Partidas incorporan además la importante novedad de referirse a la autocontratación de los padres. Afirma la Partida 5,5,2, con relación a la capacidad para vender, que ni el padre puede vender al hijo, ni el hijo al padre, porque no puede nacer obligación entre ambos, dado que son una misma persona:

Aquellos omes dezimos que pueden comprar, e vender, que son atales, que se pueden obligar cada vno dellos, el vno al otro. E por ende, lo que vendiesse el padre al fijo, que tiene en su poder o el fijo al padre, no valdria, porque non pueden fazer obligacion entre sí. Ca como quier que sean dos personas, según natura, e según derecho, son contadas por vna [...].

Por tanto, las Partidas contienen una referencia específica a la contratación del tutor consigo mismo sobre bienes del pupilo, e incorpora a esta hipótesis la relativa a padres e hijos, inexistente en Roma, ya que entonces carecía de sentido cualquier previsión al respecto. No obstante, en la negativa al contrato del padre consigo mismo en representación del hijo, por entender que jurídicamente son una misma persona, late una prolongación de la idea romana de absorción por el padre de la personalidad del hijo en el ámbito patrimonial³⁹. Y se anuncia con ello una doctrina que se mantendrá en nuestra historia jurídica hasta bien entrado el siglo XX al efecto de negarle toda validez, por entender que si son una misma persona, no se ajusta el negocio a la doble voluntad

³⁸ A juicio de MERCHÁN, [n.33] p. 130, esta disposición se entiende respecto a los bienes inmuebles, no de los muebles, que no exigen tal autorización judicial.

³⁹ DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] p. 21.

necesaria para que exista contrato. Sobre esta premisa se apoyaron las tesis en su día reacias a aceptar el autocontrato⁴⁰. Incluso, las primeras ocasiones brindadas al Tribunal Supremo para que se pronunciase sobre el «contrato consigo mismo» giraron precisamente sobre la representación paterna. Y en torno a las mismas, el Alto Tribunal pasó de negar toda validez al negocio celebrado por el padre en nombre del hijo a principios del siglo XX, a su abierta admisión desde los años cincuenta⁴¹.

3.2. *La Novísima Recopilación*

Por su parte, la *Novísima Recopilación* recoge la interesante disposición (10, 12, 1)⁴², correspondiente a un ordenamiento de la Cámara del Rey Alfonso XI que prohíbe al tutor, curador o albacea que compre bienes del administrado. La actuación contraria a esta disposición se sanciona con la nulidad del contrato, sea la compra pública o privada, y además con la sanción del cuádruplo del precio para la Cámara del rey. Se titula «Prohibición de comprar bienes de menores y difuntos sus albaceas, tutores y curadores: D. Alfonso XI y D. Enrique III. En el Ordenamiento de las penas de Cámara, Capítulos 15 y 16:

Todo hombre que es cabezalero, ó guarda de huérfanos, ó otro hombre ó muger qualquier que sea, no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel o aquellos que administrare; y si la compra pública o secretamente, pudiéndose probar la compra así fué fecha, no vala, y sea desfecha, y torne el quatro tanto de lo que valia lo que compró, y sea para nuestra Cámara. (Recopilación 5, 11, 23)

Esta disposición destaca, respecto a las Partidas, por su carácter más genérico y su mayor contundencia. De un lado, la prohibición se aplica tanto a la compra pública como privada, sin que parezca posible autorización judicial alguna, a diferencia de la ley de las Partidas antes vista. Este ordenamiento excluye expresamente que pueda ser

⁴⁰ Véase esta interpretación en DE CASTRO, [n.1] p. 21.

⁴¹ El Tribunal Supremo se enfrentó al tema por primera vez en la ya citada sentencia de 6 de marzo de 1909, resolviendo sobre una donación hecha por un padre a un hijo y aceptada por aquél en nombre de éste. Posteriormente pretende el padre que se reconozca como donación *mortis causa* a efectos de poder revocarla, o bien que se anule por entender que es un supuesto de autocontratación. El Tribunal Supremo no modificó su posición hasta la sentencia de 5 de noviembre de 1956, en la que ante un similar supuesto se acoge a la tesis aperturista que ya venía manteniendo la Dirección General de los Registros y del Notariado. Véase nota 5.

⁴² ALCUBILLA, [n.34] II, p. 731. Podría datarse esta disposición a finales del siglo XIV.

válida la autocontratación de forma pública, en contraste con la regulación romana que sí permitía la autoentrada del tutor si la adquisición era en subasta⁴³.

Este endurecimiento de la norma, a juicio de Gutiérrez, encuentra su explicación en que al estar los tutores obligados a vender lo más caro posible, podía temerse fundadamente que, abierta la puerta, recurrieran en las subastas a manejos oscuros en perjuicio de sus representados⁴⁴. Otros intérpretes de esta singular disposición creyeron más lógico, sin embargo, que lo único que perseguía este derecho territorial era simplemente establecer una pena para el caso en que se efectuase la compra, tanto pública como privada, sin autorización judicial⁴⁵. Esto es, con autorización judicial sería válida. Es llamativo además que se contemplase no sólo la nulidad del contrato realizado, sino también una sanción pecuniaria para quien violase la orden real.

De otro lado, ha de decirse que esta norma generó en el período previo a la aprobación del Código civil, la interesante cuestión de saber si era aplicable sólo a los representates legales, o si también lo era a los administradores voluntarios. De un lado, el título avalaba la primera opción porque aludía sólo a albaceas, tutores y curadores («cabazalero o guarda de huérfanos»), pero por otra parte la disposición se dirigía en el texto a «otro hombre o muger cualquier que sea». A favor de la primera interpretación se pronunció el Tribunal Supremo en sentencias de 1 de mayo de 1861 y de 18 de diciembre de 1866. Sin embargo, fue mayoritario el pensamiento contrario, basado en la propia letra de la disposición, que hablaba no sólo de guarda de huérfanos sino también, efectivamente, de cualquier representante. Además la propia *ratio legis* respaldaba este criterio, dado que la posibilidad de que una persona encargada de gestionar los asuntos de otra abuse de su posición, se puede dar tanto en situaciones de administración legal como voluntaria⁴⁶.

Esta última opinión debió influir en el momento de la Codificación, dado que las disposiciones de las Partidas y de la Novissima constituyen el eslabón histórico inmediato a la misma. Y en este sentido, con el

⁴³ DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] p. 23.

⁴⁴ GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*, IV, 3.^a ed., Madrid, 1877, p. 251.

⁴⁵ MERCHÁN, [n.33] p. 131.

⁴⁶ Ver SANCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, IV, 3.º, Madrid, 1888-1889, p. 491; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, vol. X, Madrid, 1931, p. 99, y también F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, Madrid, 1852, p. 115. Criterio que comparte DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] p. 25.

precepto concluyente de la Novísima, la opinión de la mayoría de los tratadistas fue la de que el ordenamiento español prohibía de manera general la adquisición por el representante en nombre propio y en el del representado, cualquiera que fuese la causa o poder de administración sin excepción alguna. Desde el derecho romano clásico, la norma se había ido haciendo más restrictiva, limitando las posibilidades del tutor en el ejercicio de su cargo, «borrándose» aquellas excepciones romanas de las que hemos dejado constancia y generalizándose a otras situaciones representativas. No obstante, la cuestión no debía estar clara, de suerte que entró en el Código civil de forma atribulada.

4. La recepción del tema en el Código civil

Todos los proyectos de Código civil⁴⁷ abordaron la cuestión y tanto el Proyecto de 1851, como el Anteproyecto de 1882-1888, lo hicieron teniendo presentes los antecedentes citados. De modo que en la línea del derecho romano e histórico posterior, como no podía ser de otra manera, el Código civil no contiene una prohibición general de contrato del representante consigo mismo, sino que las referencias a situaciones de autocontratación aparecen dispersas en las tres sedes citadas: patria potestad, tutela y contrato de compraventa. Y de las tres, con especial atención a la tutela, lo que no sorprende habida cuenta de que desde el punto de vista histórico, en relación a la misma se había desenvuelto la regulación normativa de la cuestión desde la época romana, como se ha visto hasta ahora.

Es en la tutela donde se pone de relieve la recepción que se ha hecho de los antecedentes históricos vistos. Este planteamiento continúa tras la reforma de la institución tutelar en virtud de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, a pesar de que en la representación voluntaria, y no en la legal, es donde normalmente tiene lugar la autocontratación. De hecho la autorización para autocontratar se suele incorporar como cláusula de estilo a las escrituras de apoderamiento⁴⁸.

⁴⁷ C.A. CANO TELLO, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Madrid, 1984, p. 78, menciona el Código de Gorosabel (Tolosa, 1832) de carácter privado, cuyo art. 140 dice: «el tutor no puede comprar cosa alguna del menor aun vendiéndose en pública almoneda», y el art. 141 añade: «no puede el tutor celebrar contrato con el menor y si lo celebrare será nulo.»

⁴⁸ Ver J.J. FERNÁNDEZ VARA, *Socio único, cónyuge, mandatario y otros autocontratos ante el Registro de la Propiedad*, Madrid, 1999, p. 12.

4.1. *El conflicto de intereses en la representación legal*

Tanto en Roma, como en las Partidas y en la *Novísima*, la prohibición dirigida a tutores y padres para que se abstuvieran de contratar en su nombre y en el del representado respondía al posible conflicto de intereses que la norma trataba de evitar. A ese posible conflicto, que late en la prohibición de autocontratación, tratan de dar respuesta tres preceptos del Código civil: el artículo 163, con relación a la patria potestad; y los artículos 221 y 1.459.1.º respecto a la tutela o, más bien, a cualquier cargo tutelar⁴⁹.

Con relación a la patria potestad, el artículo 163 del Código civil, sin sustanciales cambios respecto a la redacción originaria, contempla la hipótesis de que el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos. Prevé para tal caso el nombramiento de un defensor judicial que los represente en juicio y fuera de él⁵⁰.

El Tribunal Supremo entiende que hay conflicto de intereses cuando hay una incompatibilidad de éstos que ponga en peligro el patrimonio del representado. No se atiende al efectivo daño producido, sino a la mera posibilidad de que se produzca. Por ello, basta que exista contraposición de intereses para que cese la representación legal y sea preceptiva la presencia de una tercera persona, un defensor judicial⁵¹. Todo acto realizado en contra, sería nulo absolutamente⁵². Allí donde no hay oposición, como resulta en el caso de la donación pura a favor del hijo, no se plantearía su interdicción⁵³. Situación que ha generado una progresiva evolución jurisprudencial hacia su admisibilidad⁵⁴.

⁴⁹ Aunque los tres párrafos del artículo 221 se refieren al «tutelado», este precepto regula las prohibiciones que afectan a quien «desempeñe cualquier cargo tutelar», como reza literalmente el encabezamiento del mismo.

⁵⁰ Cfr. art. 159 del Proyecto de 1851; art. 132 del Anteproyecto de 1882-1888 y art. 165 del Código civil en su primera redacción, dado que el precepto resultó afectado por la reforma de la tutela (Ley 13/1983, de reforma del Código civil). Ver C.E. FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, Madrid, 1990. Sobre representación paterna y oposición de intereses, puede verse en particular entre otros: E. MARTÍNEZ-PIÑEIRO, «Representación paterna y oposición de intereses», *RDN* núm. 124 (1984), pp. 199-242; E. CASASÚS HOMET, «¿Requiere aprobación judicial la partición hereditaria en que interviene defensor judicial?», *RDN* núm. 126 (1984), pp. 371-378. Asimismo A. VENTOSO, *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Madrid, 1989.

⁵¹ Ver FLORENSA, [n.49] y DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] pp. 121 ss.

⁵² L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid, 1983, pp. 364 ss. La jurisprudencia es unánime en otorgar esta sanción, sin perjuicio de que como apunta DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] p. 167, pudiera haber otra solución *de lege ferenda*.

⁵³ Por todos, DE CASTRO, [n.1] p. 421.

⁵⁴ Ver notas 5 y 41. Contrasta esta solución con la que se plantea en Alemania, donde el §181 del BGB establece la norma general de que un representante no puede efec-

Por lo demás, los límites a la disposición sobre bienes de los hijos, vienen regulados en los artículos 164 y siguientes, en especial en el artículo 166 del Código civil, que exige previa autorización judicial para la enajenación y gravamen de determinados bienes. En el marco de los artículos 163 y 166 puede construirse la posibilidad de una autocontratación paterna.

Con relación a la tutela, el artículo 221, párrafo segundo, aborda el conflicto de intereses entre quien desempeña un cargo tutelar y el tutelado, prohibiendo representar a este último *cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses*. En este caso, el artículo 299 prevé el nombramiento de defensor judicial, al igual que el artículo 163 para la representación paterna. Se trata en este supuesto de un precepto incorporado en la reforma de la tutela de 1983, que interesa a la autocontratación, por cuanto se refiere al ejercicio de las funciones tutelares respecto a los intereses del tutelado, y a la existencia de conflicto de intereses. Tiene de especialmente novedoso el artículo 221.2.º la referencia a la doble representación, esto es, al tutor se le prohíbe representar al pupilo no sólo en acto en que intervenga en nombre propio sino también en el que lo haga en el de un tercero⁵⁵. Esta última hipótesis no se había tenido presente antes en nuestro Derecho.

En consecuencia, en la representación legal, a diferencia de la voluntaria, la simple existencia de intereses contrapuestos entre representante y representado basta por sí sola para que proceda remover al primero, como acontece en el artículo 163 respecto a los padres, y en el artículo 221.2.º respecto al tutor o curador, que cumple la misma función. Ese conflicto exige suspender la legitimación legal de aquél para gestionar los asuntos de éste y el nombramiento de defensor ju-

tuar consigo mismo ningún negocio jurídico actuando en nombre propio y en el del representado, a menos que le sea permitido, o que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación. En consecuencia, se plantean problemas con la situación antedicha en la que no hay conflicto de intereses que haga necesaria su prohibición. De ahí que, como opina WACKE, [n.3] pp. 245-248, debe añadirse a las dos excepciones legales, una tercera excepción *praeter legem*, a saber, que el negocio sea exclusivamente ventajoso para el representado. Entiende este autor que se separa el BGB de todos los precedentes históricos que sólo conocen regulaciones específicas para el tutor o para los padres como representantes constituidos *de officio* o *ex lege*, pero que dado que el conflicto de intereses puede darse lo mismo en un apoderamiento derivado de una representación legal o voluntaria es lógica esa generalización. Cfr. Code civil, los arts. 450.3.º y art. 1.596; y art. 1.471 del Codice civile italiano.

⁵⁵ F. BADOSA COLL, en M. AMORÓS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, pp. 257-259; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] p. 172.

dicial (art. 299 y siguientes). La contravención de lo establecido se sanciona con la nulidad absoluta, como se dijo con relación a la patria potestad.

En cuanto a las posibles relaciones contractuales de naturaleza onerosa entre cargo tutelar y representado o tutelado, se contemplan expresamente en el párrafo tercero del mismo artículo 221.

4.2. *La prohibición de transmisiones onerosas entre cargo tutelar y representado*

Efectivamente, el artículo 221.3.º prohíbe concretamente a quien desempeñe algún cargo tutelar *adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título*. Se aborda aquí el tema de la prohibición de autocontratación a título oneroso, y se hace con un carácter más amplio que la tradicional prohibición de compra de bienes del pupilo, contenida en las fuentes romanas y en el derecho histórico. La redacción de este precepto procede igualmente de la reforma de la tutela llevada a cabo por Ley 13/1983, de 24 de octubre, si bien ya el Código en su redacción originaria hacía referencia a la cuestión en el artículo 275.4.º y en el artículo 1.459.1.º, pero de tal forma que ambos preceptos entraban en contradicción. Tal cuestión era motivo de discusión desde el viejo Proyecto de 1851 y su interés merece dejar reseña del mismo:

El proyecto de García Goyena en el artículo 236 establecía que: *el tutor no podrá comprar por sí ni por persona interpuesta la finca subastada, sin obtener la autorización del tribunal, que resolverá sobre ello, oyendo al consejo de familia*. El precepto no hacía excepción alguna. La cuestión resultaba controvertida porque no era coherente con el artículo 1.381 del proyecto citado, en el cual se prohibía que comprase bienes del pupilo, cualquiera que fuese el tipo de compra, sin que tuviese cabida autorización alguna. La antítesis era evidente. ¿Podía el tutor comprar la finca subastada, con autorización judicial, o le estaba vetado sin tal posibilidad? Anotaba García Goyena que a pesar del artículo 236, era lógica la prohibición absoluta, sin posibilidad de autorización alguna dado que el tutor está obligado a procurar que las cosas de los que están bajo su guarda se vendan lo más alto posible, y podía temerse muy fundadamente que sin esta prohibición absoluta recurriría en las subastas a manejos oscuros en perjuicio de su representado.⁵⁶ Pero entendía que como el interés de éstos sea la sola causa de la prohi-

⁵⁶ GARCÍA GOYENA, [n.46] p. 370.

bición, resulta que la compra subsistirá cuando sea ratificada por los mismos, siguiendo el precedente romano⁵⁷.

La prohibición pasó del artículo 236 al 275.4.º del Código Civil, con la única diferencia de que el nuevo precepto prohibía la compra en general, no sólo la de finca subastada sino la de cualquier tipo de bien, salvo que el tutor hubiese sido autorizado por el consejo de familia (no por un tribunal, como decía el proyecto de 1851)⁵⁸. Y de nuevo se pone de relieve la contradicción con el que había pasado a ser el artículo 1.459 (en el lugar del art. 1.381 del Proyecto de 1851). Esta contradicción entre el artículo 275.4.º, que admitía la autocontratación con la autorización correspondiente del consejo de familia, y el artículo 1.459.1.^º⁵⁹, que prohibía al tutor tal adquisición de bienes del pupilo en todo caso —incluso en pública subasta—, se resolvió por la doctrina, en general, a favor del primero, por entender que era norma especial respecto a la general⁶⁰. Esto es, se entendió mayoritariamente que era posible la autoentrada del tutor con la autorización correspondiente. No obstante, había opiniones contrarias totalmente a esta autocontratación con apoyo en el artículo 1.459⁶¹.

⁵⁷ Según lo dispuesto en el entonces artículo 1.187 del proyecto de 1851, siguiendo el precedente del Dig, 26,8,5,2 *in fine* (Ulp, *ad Sab* 40). Ver supra epígrafe 2.1.1.

⁵⁸ El artículo 275.4.º, en su redacción inicial de 1889 decía: Se prohíbe a los tutores: «Comprar por sí o por medio de otra persona los bienes del menor o del incapacitado, a menos que expresamente hubiese sido autorizado para ello por el consejo de familia». El cambio aparece en el Anteproyecto de 1882-1888, en el artículo 241.

⁵⁹ El artículo 1.459, cuyo exhaustivo y completo análisis no procede en este lugar, contiene la prohibición especial de *adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia*, además de a los que desempeñen algún cargo tutelar, a quienes nos referimos aquí, a los mandatarios con relación a los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados, a los albaceas, empleados públicos, así como a magistrados y demás intevinientes en la administración de justicia, respecto a los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal. Sobre la prohibición establecida en el artículo 1.459.2.º CC al mandatario, de especial interés, pueden verse entre otros: DíEZ-PICAZO, «La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios», *ADC*, XXXI, pp. 641-662; Idem, «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», *ADC*, XXXI, pp. 489-507; A. GULLÓN BALLESTEROS, «Mandatario que adquiere en nombre propio», *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, I, Madrid, 1976, pp. 759-784; A.M. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Comentario al artículo 1.459», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1993, pp. 904-907; G. GARCÍA CANTERO, «Comentario al artículo 1.459», en *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo, XIX, Madrid, 1980, pp. 126-141.

⁶⁰ DE CASTRO, [n.1] p. 424. En el mismo sentido, E. ESCOBAR DE LA RIVA, *La tutela*, Madrid, 1943, pp. 184 ss., para quien nuestro Código recuerda sin duda la Partida 5,5,4, que permitía al guardador comprar las cosas de éste.

⁶¹ MANRESA, [n.46] p. 97. Asimismo postura totalmente contraria a esta autocontratación han mantenido: CANO TELLO, [n.47] p. 79; GARCÍA CANTERO, [n.59].

La reforma de la tutela de 1983 abordó la cuestión. El artículo 275.4.º pasó a ser el artículo 221.3.º, el cual prohíbe toda adquisición y transmisión onerosa entre tutor y tutelado —no sólo la compra— sin que pueda salvarse con autorización alguna, ni del consejo de familia, que fue suprimido en la reforma, ni tampoco de la autoridad judicial, que viene a sustituir a aquél⁶². Fue un tema discutido en el *iter legislativo*, pero finalmente se eliminó la posibilidad de que existiera esa autorización, que inicialmente sí estaba prevista.⁶³

Así las cosas, hay coherencia entre la regulación en sede de tutela y de compraventa. Incluso se ha sostenido la opinión de que el artículo 221.3.º hace innecesaria la referencia al tutor en el artículo 1.459.1.º, y más aún, que este último precepto está derogado en dicho párrafo por el artículo 221.3.º que tiene una mayor extensión⁶⁴, dado que no se queda sólo en el riesgo de lesión por compra, único supuesto aludido en el artículo 1.459, sino que afecta a toda relación onerosa. En mi opinión, no se trata tanto de una derogación sino que el 1459.1.º habría quedado absorbido por 221.3.º, cuya formulación es comprensiva de todos los supuestos en los que existe un riesgo claro de lesión, ante cuya posibilidad el legislador considera que debe proteger al tutelado.

Puede decirse en definitiva que el derecho vigente tiene prohibida la autoentrada del tutor no sólo respecto a la celebración de compraventa de bienes pupilares, sino también de cualquier otro negocio de la misma naturaleza⁶⁵. Ni siquiera en subasta, puede autocontratar quien desempeñe un cargo tutelar, hipótesis que salvaba el derecho romano. Ni tampoco con autorización judicial, como permitían las Partidas.

La razón de fondo de esta prohibición, a juicio de Badosa Coll, es que el artículo 221.3.º se ocupa no del «conflicto de intereses» entre tutor y pupilo, sino de la «reciprocidad de intereses». El conflicto implica

⁶² La autorización que antes prestaba el consejo de familia, es suplida por la exigencia actual de autorización judicial, como acontece con las enajenaciones de bienes inmuebles ex art. 271 CC.

⁶³ Ver al respecto F.A. SANCHO REBULLIDA, *La tutela e instituciones afines*, Apéndice a J.L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, Barcelona, 1983, p. 18.

⁶⁴ DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] p. 95.

⁶⁵ A criterio de M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, p. 593, la prohibición para la permuta se confirma en el artículo 1.541. Según el autor estos preceptos de la tutela deben ser objeto de interpretación estricta, así no se prohíbe la transmisión si se trata de cumplir una obligación que tenga otra fuente, como por ej. un contrato anterior a la tutela, o si se trata de una transmisión verificada a consecuencia del ejercicio de un derecho que tenga su causa en el contenido prohibido (ejercicio de un derecho de opción o de un retracto).

que la satisfacción de todos los intereses en liza es imposible objetivamente, porque son incompatibles. Alguno será satisfecho, mientras que el resto deberá ser sacrificado. Sin embargo, cuando hay reciprocidad, existe compatibilidad, con independencia de que el grado de satisfacción sea equivalente, mayor o menor, porque eso depende de la situación jurídica concreta. Eso es lo típico de las relaciones onerosas a las que alude el 221, tercer párrafo⁶⁶ y que el legislador prohíbe para excluir toda posible lesión al tutelado. En ellas existe un riesgo intrínseco en cuanto que el propio tutor podría configurar por sí mismo una relación onerosa que fuera lesiva para aquél⁶⁷. Y el peligro se percibe con tal intensidad que no procede excepcionar la posibilidad de adquisición en pública subasta, a pesar de que su práctica conforme a los cauces legales evitarían el riesgo que la norma trata de eludir.

La contravención de esta disposición lleva consigo la nulidad, artículo 6.3.º CC, que debe entenderse absoluta. La razón que mueve a esta disposición es de orden público y en la representación legal el riesgo no puede salvarse mediante la autorización del representado⁶⁸, dado que éste no puede prestar consentimiento válido para contratar (art. 1.263 CC)⁶⁹. Contrasta este régimen con el relativo a la representación voluntaria, en la que sí es posible que el representado autorice la autocontratación, o la ratifique *a posteriori*⁷⁰. Su ausencia en este caso entrañaría nulidad relativa, sometida al plazo de caducidad de cuatro años.⁷¹ Además, los Tribunales salvan de la nulidad en este supuesto aquellos actos que aun no autorizados, no entrañen conflicto de intereses o bien si se trata de simples actos de ejecución.

Se ha sostenido por algún autor, sin embargo, que debería darse una situación particular a cada caso concreto ante la eventualidad de estar

⁶⁶ BADOSA, [n.54] pp. 260 ss.

⁶⁷ El riesgo de lesión para el caso de que el contrato lo celebre el tutor en nombre del pupilo con un tercero está contemplado como un caso posible de rescisión ex art. 1.291, párrafo primero (BADOSA, *ibidem*).

⁶⁸ Díez PICAZO en *Sistema de Derecho civil*, 9.ª ed., Madrid, 2001, p. 260.

⁶⁹ Ver R. LÓPEZ SAN LUIS, *La capacidad contractual del menor*, Madrid, 2002.

⁷⁰ En este sentido DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, [n.1] pp. 92-95. Sobre la autorización, ver Díez PICAZO, [n.2] y FERNÁNDEZ VARA, [n.48] pp. 19 ss. quien destaca que es materia imbuída de un alto grado de casuismo jurisprudencial.

⁷¹ Como dice Díez PICAZO, [n.2] pp. 222 ss. y [n.59] pp. 658 ss., las hipótesis de autocontratación en estos casos se consideran como hipótesis de contratos realizados por quien no tiene poder (art. 1.259 CC). Con relación a la autoentrada del comisionista, cfr. art. 267 del Código de Comercio, en el que se acepta que el comitente dé licencia al comisionista para que sea contraparte del negocio: «Ningún comisionista comprará para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente.»

ante casos que no sólo no perjudiquen al tutelado, sino que les beneficien⁷². En mi opinión, este criterio amén de inseguro y favorecedor de la discrecionalidad judicial, resultaría contrario a los principios que rigen la guarda de menores e incapacitados.

En suma, la regulación vigente prohíbe toda transmisión y adquisición onerosa entre guardador legal y representado, cualquiera que sea el acto a través del que tenga lugar, y sin que quepa autorización judicial alguna. Se han eliminado por tanto las posibles excepciones históricas que existían al respecto, como la adquisición en pública subasta, y la reforma de la tutela de 1983 ha armonizado la discrepante regulación de esta cuestión presente desde el comienzo de la codificación.

⁷² Como es el caso de BADOSA COLL, *ibid.*, quien considera que habría que analizar cada relación onerosa en particular, porque alguna podría ser especialmente beneficiosa para el tutelado y podría salvarse con la autorización correspondiente. De la misma opinión, LÓPEZ Y LÓPEZ [n.59] p. 907 favorable a la anulabilidad en los casos relacionados en los párrafos 1.º, 2.º, y 3.º del artículo 1.459 del Código civil.

CONGRESOS Y CONFERENCIAS

INHUMANIDAD DEL TERRORISMO EN EL ESPACIO JUDICIAL*

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático de la Universidad de Deusto
Profesor Visitante de la Universidad «Montesquieu» de Burdeos (Francia),
de la Universidad de Łodz (Polonia) y del Instituto Pernambucano
de Derecho del Trabajo de Recife (Brasil)

1. Correlaciones de la mundialización y el terrorismo

Es claro que no están exentos de relaciones con el *fenómeno mundializador*, los *hechos terroristas* que perpetran *agentes de rostro confuso y difuso*, cuya soberanía criminal se extiende a los espacios sin fronteras de un *mundo achicado*. La perversión de los episodios sobre los que aquí y ahora se discurre —específicos de la actividad criminal de la organización terrorista ETA— se interpreta a la luz de su malevolente tenacidad histórica —que multiplica el dolor de las personas y comunidades afectadas por el abrumador contingente de sus víctimas— y de su indiscutida adscripción al equipo de la *internacional del terror*.

Ante el cuadro que —al decir de algún teólogo— constituye una muestra evidente de *encarnación del mal*, hay que realzar el significado de la persecución judicial de ese abominable terrorismo y, no menos, la enemiga con que cuida de significarse frente a la existencia del Poder Judicial y las actitudes que adopta la jurisdicción.

Las reflexiones consiguientes no se limitan a prejuicios superficiales o divagaciones anecdóticas. Quizás les cuadra el título de *premisas existenciales* que se reconocen en la sucesión —inmediata y cotidiana— de los acontecimientos que conmueven a la sociedad y que la opinión pública califica con la dureza que merece su reprobación.

* Texto de la conferencia pronunciada en las *II Jornadas organizadas por el Colectivo de Víctimas del Terrorismo*, Donostia-San Sebastián, 20 de noviembre de 2002, de la comunicación que, para el *Area 2 (Política y valores en la actualidad)*, se presentó al *Congreso Internacional: Humanismo para el siglo XXI*, Facultad e Instituto de Ciencias de la Educación, Universidad de Deusto, Bilbao, 6 de marzo de 2003, y de parte de las consideraciones que, a invitación del Parlamento Vasco, se han cursado a su Comisión de Derechos Humanos y Solicitudes Ciudadanas, Bilbao, 13 de mayo de 2003.

2. Ejercicio de competencias judiciales

Las soluciones de que participan el Derecho Penal y el Derecho Procesal constituidos, han residenciado en un órgano central del Poder Judicial el acervo mayoritario de las competencias dirigidas a la represión de las acciones terroristas. La elección no parece de acuerdo con la claridad del texto constitucional que —excluyendo otros órganos jurisdiccionales— reduce a la figura del Tribunal Supremo dicha posibilidad expansiva. Aunque, por vía de reforma indirecta, la justicia constitucional ha mitigado, en más o en menos, la disidencia —difícil, por no decir que imposible, de salvar— en ese punto, queda en pie lo notorio de la inconsecuencia apuntada y de las contradicciones que implica.

Es, en cambio, constitucionalmente impecable la tesis de que los órganos judiciales del orden penal, implantados en el País Vasco, debieron adquirir —por una decisión legislativa acorde con los inequívocos términos de la legalidad fundamental— las competencias necesarias para perseguir y enjuiciar los delitos de terrorismo o cuasiterrorismo cometidos en el ámbito de esa Comunidad Autónoma. Conclusión que, al descansar en un precepto incuestionable del Derecho Positivo fundamental, no exige recurrir, para fortificarse, a la vieja doctrina del *juez natural*, ni reiterar ninguna reclamación testimonial que doctrinalmente la respalde. Ello no obstante, razones prácticas o conjeturas de prudencia han abocado al estado de cosas que, respecto al ejercicio de esas competencias actualmente persiste.

3. Decisionismo juridicopenal del legislador positivo

Los Estados soberanos de corte democrático —que ajustan sus iniciativas al Derecho Positivo que rige su historia y sus destinos— conservan la autonomía necesaria, que no siempre es bastante, para que el *decisionismo político* de sus legisladores use de la oportuna libertad normativa y tipifique las acciones terroristas que se propone combatir. Ciertamente que los principios emanados del Derecho de Gentes y estampados en los textos supranacionales, marcan directrices nacidas del consentimiento de los países civilizados y comprometidos en la comunidad de esas acciones. No puede, sin embargo, maniatarse —absoluta e incondicionalmente— el derecho a castigar del Estado que, como atributo de su soberanía, valora las circunstancias históricas y la gravedad de los momentos que aquejan a la sociedad, para graduar las dosis de protección que debe dispensar, y formular las definicio-

nes adecuadas a la alarma social que causa el terrorismo. Ello, sin interdicciones maximalistas de crear las figuras de delito que estas finalidades reclaman, ni con sujeción a las pautas de un liberalismo que no puede entorpecer un ejercicio indispensable para la defensa social, como es la síntesis de energía y prudencia política con que el legislador ha de conducirse.

4. Ambito y extensión de las acciones del Poder Judicial

La persecución del terrorismo determina —ante la imprevisión de sus propósitos concretos y la peligrosidad general de sus riesgos— acciones judiciales de amplio espectro. Supone, en primer término, la atribución de los poderes y las cargas con que la legalidad vigente diseña el ejercicio de las competencias objetiva, funcional y territorial del orden jurisdiccional correspondiente. Guarda fidelidad a la consigna de la *cláusula transformadora y social* que obliga a remover cuantos obstáculos opone el terrorismo a la efectiva libertad de quienes, sufriendo su conminación y sus lacras, merecen el *consuelo de la liberación*. Garantiza el respeto a los derechos de los demás, porque la salvaguarda de la vida y la integridad física, y el acceso al ejercicio de las libertades —violentadas por la barbarie criminal— fundan la estima y el engrandecimiento de la dignidad de la persona humana. Todo, pues, lo contrario de la disminución y el envilecimiento que —además del sangriento inventario de sus resultados— el terrorismo se empeña en agrandar.

El Poder Judicial puede cumplir funciones de comunicación o de advertencia que —presuponiendo, aunque ello sorprenda, la atribución a los poderes públicos de la cualidad de titulares de derechos fundamentales— informan a la sociedad sobre los aspectos notables del servicio que, combatiendo el terrorismo, presta la Administración de Justicia. Acrecienta su protección con declaraciones que —conjugando la sobriedad y la energía— revigorizan la confianza depositada por la opinión pública en la eficacia de la jurisdicción.

5. Actitudes psicológicas del Poder Judicial

La perversión politicosocial del terrorismo requiere un *modelo de juez* que —al encargarse de su persecución— no tanto se caracterice por su *condición taumatúrgica*, cuanto por la metodología de su especialidad. Otras notas intervienen también cuando cualesquiera funcio-

nes judiciales se desempeñan en espacios geográficos donde la acción terrorista mantiene los focos de sus amenazas y concentra sus efectivos de agresión y zozobra sociales.

La posición que la judicatura arraigada en el País Vasco pretende conservar, abarca —con un designio cuya entereza está fuera de duda— la abominación intelectual del terrorismo, el empeño en salvaguardar una independencia preservada gracias a la distinción —crítica y clara— entre el bien y el mal, y la evitación de impresiones e imágenes que —por ligereza, malevolencia o desconocimiento— ponen en circulación la presión ambiental, las emociones incontrolables del entorno y ciertas formas de divulgación cuyo silencio o, al menos, prudencia sería muy de agradecer.

De ahí, que en esa parcela de la familia judicial, concurren la obsesión impertérrita de imparcialidad, la preocupación ética por sortear las confusiones morales que le asedian, y la sujeción a servidumbres que restringen la libertad personal y los aspectos de la vida de relación individual, familiar, y social.

Las medidas de seguridad —que imperceptiblemente causan la impresión de asistirse a la *pérdida de uno mismo*— no provienen de cautelas superabundantes, ni de prevenciones debidas a exceso de espanto, sino de la conminación de la organización terrorista que —pública y explícitamente— se ha preocupado de anunciar que los Jueces y Magistrados ejercientes en el País Vasco no gozarán de impunidad en el futuro.

6. Complejidad de las acciones judiciales de represión del terrorismo

La estrategia defensiva de los inculcados por actividades terroristas, frecuente el auxilio de expertos en Derecho que —reprochando la supuesta ausencia de imparcialidad judicial e invocando las garantías constitucionales— complica el progreso de la investigación. Súmase a ello lo *técnicamente escabroso* de una instrucción criminal cuyo curso de averiguaciones sigue, unas veces, la orientación lineal de las operaciones propias de la certeza técnica con que se ha concebido, mientras que, otras, exige y acusa rectificaciones que dimanan de acontecimientos sobrevenidos e influyentes en los criterios adoptados. Algo afín a lo que, en las relaciones jurídicas de Derecho Privado, representan la quiebra de la presuposición o la dislocación de la base del negocio.

El principio de dependencia funcional de la policía judicial responde a la necesidad de estar a las instrucciones —precisas, comprensibles y automáticamente ejecutadas— de la autoridad judicial que las imparte. Los pormenores de la delincuencia terrorista —como variante

de criminalidad organizada— reclaman, para que la jurisdicción no quede frustrada ni indefensa, márgenes de iniciativa que facilitan la elasticidad de la autonomía policial y suprimen los defectos de su rigidez. El concepto de *flexibilidad* —aceptado por otras disciplinas— también accede al Derecho Penal y al Derecho Procesal del terrorismo, inspirando, entre otras ideas, las de la *perentoriedad* y la *coordinación* que evitan esas dificultades.

Por si ello fuera poco, la acción judicial soporta la injerencia de los episodios —minuciosamente implementados— de denuncia de derechos fundamentales de los presuntos terroristas y sufre, así las cosas, el desgaste consistente en desplazar a esa zona de debate parte de las dificultades de su acción persecutoria. La preferencia que se sigue de optar entre lo *garantizador* y lo *garantista*, pertenece al acervo de las cuestiones que integran este aspecto de la represión del terrorismo.

7. Valor didáctico de la literatura judicial al respecto

Aunque lo propio del discurso judicial es la sobriedad, la peculiar literatura —a que el fenómeno terrorista da lugar— puede abundar en precisiones que transmiten a la opinión pública referencias o datos imposibles de conocer por otros medios. Así se cumple el compromiso de un poder del Estado que —urgido por la *cláusula constitucional de transformación*— dota del ingrediente informativo que, acercando a la verdad histórica de unos hechos que las personas físicas y los grupos sociales no pueden ni deben ignorar, estimulan la libertad social y el ejercicio de la crítica. Tampoco falta quien defienda que los *juicios de acompañamiento* —explícitos en las resoluciones judiciales que al terrorismo se refieren— constituyen interferencias o afirmaciones de pasada prescindibles, al no formar parte de la razón central de la decisión que las contiene. Puede ser útil —a veces y no siempre— que su fiabilidad y rigor desplacen a las desfiguraciones sensacionalistas que las suplantán con frecuencia.

8. Coherencia de la persecución judicial del terrorismo

El *axioma ontológico de no contradicción* se predica de las resoluciones judiciales en clave antiterrorista y demanda —con más razón que en otros casos— la severa *coherencia de los órdenes jurisdiccionales*. El principio de unidad de jurisdicción requiere reaccionar —ante la indivisibilidad brutal de la amenaza terrorista— con una justeza que,

fundada en la atribución legal de competencias y en su desarrollo correcto, inspire las comprobaciones históricas y las consiguientes declaraciones de hecho y de Derecho. Cualquiera de los órdenes jurisdiccionales que aborde las vicisitudes de un episodio común del terrorismo, tiene que acomodarse a este criterio. Su respeto asegura el rodaje autónomo de dichos órdenes y se completa, si procede, con la coordinación facilitada por el planteamiento y solución de cuestiones prejudiciales.

El Ministerio Fiscal juega un papel de primera magnitud para orientar estos ejercicios de colimitación y continencia. Las contradicciones que, de lo contrario, se consuman, crean el riesgo de suscitar verdades históricas y/o conclusiones jurídicas que desdoblan, multiplican u omiten la integridad o las partes de un todo que *no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo*.

9. Unidad criminal de dirección y de riesgo a efectos de responsabilidades civiles

Ello no impide acudir a las contribuciones técnicas del Derecho de la responsabilidad civil. Algunas de ellas —consecuencia del *alzamiento del velo*— intervienen si la evanescencia de la organización terrorista —ilocalizable como centro de imputación de consecuencias jurídicas— impide adoptar prevenciones de primera mano. La trama criminal cuenta con mecanismos de *ingeniería financiera* —imperceptibles, encubiertos y/o internacionalizados— o tejidos de *correas de transmisión*. La confabulación se entabla con organizaciones y/o entidades que, bajo apariencias impecables, se inmiscuyen invisiblemente en el proceso de causalidad delictiva y entorpecen la persecución iniciada. No es menor el reparo de la minuciosidad y detalle con que esos artificios se proyectan y llevan a cabo.

La técnica jurídica puede entrar al servicio de una solución que —tiempo atrás y en otras circunstancias— introdujo la tesis del *uso alternativo del Derecho*. Al vislumbrarse o intuirse razonablemente la intercomunicación de los patrimonios y los mecanismos organizadores que se ocultan, el principio de responsabilidad patrimonial universal recobra sus funciones de apoyo, justificando las cautelas tendentes a congelar las actividades delictivas y asegurar los efectos indemnizatorios. Ello es así, porque se aprecian los elementos típicos de una *unidad de dirección y de riesgo* que se manifiesta en los artificios empleados para esconder la realidad de la delincuencia terrorista, fomentar su temibilidad y cooperar a su perpetuación.

10. Variedad y valoración de los daños causados

La unidad de jurisdicción garantiza la *reparación íntegra del daño* causado a las víctimas de las acciones terroristas y a los demás perjudicados. Cabe que las cifras de resarcimiento obtenidas por distintos títulos o fuentes, no lleguen a cubrir el *todo resarcible* que se compone del valor de la pérdida sufrida y de la ventaja o ganancia dejada de obtener. La exigencia de reparación íntegra del daño favorece el agotamiento, ante las jurisdicciones competentes, de las acciones dirigidas a conseguir tal resultado. El potencial difusivo de los males procedentes del terrorismo, convierte en un trabajo complicado y costoso las operaciones de valorar —exhaustiva y atinadamente— la cuantía económica de ese detrimento.

Basta recordar cómo los daños morales que el terrorismo engendra, corresponden a estados de desesperación y de dolor que rebasan los confines en que se contenían las más completas definiciones de esta idea. Es claro que a una desolación ilimitada corresponde una inmensa dificultad de valorar el daño que origina.

El daño moral puede surgir de la indiferencia —más o menos cruel— de sectores institucionales, de la apatía o insensibilidad de parcelas o grupos de la sociedad, de actitudes de hostilidad tan intencional como disimulada, de imputaciones falsas de capitalización del victimismo, de posturas personales desedificantes, de la insistencia con que el terrorismo degrada la dignidad de las víctimas, y de los mensajes colaterales que malinterpretan y deforman, cuando no difaman, sus personalidades y sus vidas. Sin olvidar la aflicción permanente que los actos terroristas mantienen en quienes compartieron con ellas unos proyectos de futuro —material, intelectual o moral— que la sinrazón criminal ha hecho pedazos.

11. Control judicial de los procesos resocializadores

El constituyente considera que uno de los objetivos —no el único— de las penas de privación de libertad consiste en resocializar los terroristas condenados, cuyo es el derecho a recobrar su condición de sujetos aceptables por la comunidad y a participar en la construcción de su futuro. El constituyente no hace prevalecer el atractivo de la reinsertión sobre el resto de las finalidades de las penas de privación de libertad, que no quedan empequeñecidas ni mucho menos olvidadas. El proceso de resocialización exige comprobar el desistimiento sincero de las aficiones criminales, la adquisición de aquellas cualidades —morales y

sicológicas— que, incluida la evidencia del arrepentimiento, disipen el propósito de delinquir de nuevo, y la acomodación del condenado al tejido social en que pretende reinsertarse.

Como esta verificación pertenece al contenido esencial del derecho a la efectiva tutela judicial, el decisionismo político del legislador puede mejorar las soluciones actuales del Derecho Positivo y atribuir el control correspondiente al órgano jurisdiccional que ha conocido de la causa y dictado la sentencia de condena. La metodología resocializadora se integra entonces —de pleno Derecho— en el proceso de ejecución de lo resuelto y evita que, sin más, se dé por buena la simulación del cambio conducente a la reinserción social. Hay que impedir la ficción incontrolada de verdades que, no siéndolo, parecen coincidir, en un todo, con el hecho histórico de la readaptación del condenado.

12. Reacciones de la opinión pública ante el tratamiento judicial del terrorismo

La opinión pública elogia los resultados positivos de las acciones de las fuerzas de seguridad y la puesta de los terroristas a disposición de las autoridades judiciales. Cunde, en ocasiones, la impresión de que algunas intervenciones judiciales no favorecen la eficacia de la lucha antiterrorista y defraudan las expectativas que, en general, comulgan con las iniciativas del Poder Judicial y sus compromisos de defensa de la sociedad. Debe, no obstante, recordarse que el sometimiento del juez al imperio de la ley constituye una exigencia insoslayable y que las percepciones defectuosas de su cumplimiento pueden desconcertar a la opinión que juzga sobre los aciertos o yerros de las resoluciones criticadas.

La opinión pública —llamada a asimilar esas diferencias— no debe ignorar que una sociedad democrática siempre tiene a su alcance un sistema de recursos contra resoluciones que, a primera vista, son piedra de escándalo y causa de recriminaciones y/o censuras. Así lo explican la falibilidad del conocimiento humano —expuesto a errores susceptibles de rectificación— y la confianza que merece una Administración de Justicia dispuesta a enmendarlos, en el caso de haberse cometido.

El resto de los poderes públicos debe abstenerse de juicios o valoraciones que —adoctrinando prematuramente a la opinión— prestan un flaco servicio a la pieza de libertad efectiva en que consiste la independencia judicial. Una actitud civilizada mantiene la confianza en que el agotamiento de los recursos judiciales recolocará las cosas en su sitio y

—coincida o no con la decisión que se reprocha— decidirá, conforme a Derecho, lo conveniente al trato justo que la situación debatida merece.

13. Politización de los procesos en pro de los intereses terroristas

Las tensiones habidas entre el Poder Judicial y el hecho terrorista se transmiten a la *politización de los procesos*. La *politización directa* y perceptible maneja los procesos antiterroristas para santificar los móviles que animan sus acciones e insistir en que no es dable una conducta distinta de la recurrencia a las acciones criminales. La *politización táctica y difusa* propende a pervertir la normalidad de los procesos judiciales que, sin enjuiciar acciones terroristas, se desarrollan ante otros órganos de la jurisdicción. Los agentes interpuestos de las organizaciones delictivas exhuman —bajo la apariencia, sutil y rebuscada, de reparos técnicojurídicos— cuestiones relativas a la supuesta hostilidad política del sistema judicial. Ello acontece cuando se desautoriza la objetividad de los jueces profesionales, se denuncian atentados —que no existen— contra el uso judicial del idioma autonómico o se niega el acatamiento a una jurisdicción cuyo principio de unidad refleja, en el plano procesal, la unidad de soberanía que viene inspirándola.

14. Objeto específico de la acción terrorista

Los jueces destinados en el País Vasco se expusieron a una hostilidad terrorista difusa hasta que se produjo el asesinato de uno de ellos. Unos cuantos habían, antes, perdido sus vidas a manos de la organización terrorista que, unas veces, los eligió en razón de antecedentes personales y, otras, no pasó de atender a su mera condición profesional. Algunas reflexiones ingenuas conectaron, tiempo atrás, la función garantizadora de los derechos humanos —que la judicatura ejercitaba— con su inmunidad a las agresiones de la banda criminal. Intuición desautorizada por la serie de asesinatos de que se ha hecho mérito y por las relaciones nominativas de funcionarios judiciales y fiscales que, cuantas veces se desarticulan efectivos de la banda terrorista, figuran en las documentaciones incautadas.

El macabro mensaje que, hace algo más de un año y a través de un conocido medio de comunicación, cursó la organización criminal, deja fuera de duda los propósitos que abriga sobre la seguridad personal de los jueces del País Vasco. En ese umbral de la agresión se encuentran todos ellos y, en calidad de tales, comparten cuantos senti-

mientos justifican y estimulan la constitución de las comunidades de sus víctimas.

Son ellas una parte de la sociedad pluralista que, a diferencia de otros grupos sociales, no están inmersas en los conflictos menudos de la existencia diaria. Militan en la lucha emprendida contra el mal que envilece y destruye cuanto de creador y positivo hay en los proyectos e ilusiones de quienes han perdido la vida, se han visto privados del acompañamiento de los suyos o —sin otros móviles que los de una detestación irracional— soportan una amenaza interminable.

Si frecuentemente se recuerda que más de una persona es responsable de las desventuras humanas que acontecen en la lejanía, hay que manifestar, en voz muy alta, que, a la medida de los esfuerzos y capacidades de todos, esa responsabilidad exige devolver a las víctimas del terrorismo —en cuanto emotivamente recordadas— y a los suyos —en cuanto próximos a la solidaridad que necesitan— las dosis de paz y de consuelo a que la inmensidad de su dolor les da derecho.

MODERNIDAD Y MORALIDAD DE LA MUNDIALIZACION*

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático de la Universidad de Deusto
Profesor Visitante de la Universidad «Montesquieu» de Burdeos (Francia),
de la Universidad de Łodz (Polonia) y del Instituto Pernambucano
de Derecho del Trabajo de Recife (Brasil)

1. Significado de la ideología de lo justo

La *ideología de lo justo* supera el pluralismo —inútil de presente— de las variantes caducas o las corrientes ideológicas desvalorizadas. Denuncia, por indignas de crédito, las incursiones de un pensamiento débil y obediente a premisas defectuosas. He aquí algunas de ellas. Descerción y abandono de los focos auténticos de especulación y de consejo. Suplantación de esos centros por actividades de pensamiento que carecen de significación elemental. Olvido —más por desconocimiento técnico que por desinterés académico— de los desafíos de la economía. Elección de valores secundarios que, apoyados en un discurso exento de poder de convicción, facilita las adhesiones incondicionales de cuantos, como menos inteligentes, muestran su escasa capacidad comprensiva. Exaltación de personalidades marcadas por actitudes de vulgaridad o megalomanía que ocultan otras insuficiencias. Magnificación de los sucesos en que dichos agentes intervienen y apología de los cambios de rumbo que protagonizan. Falso convencimiento de que, pese a la fragilidad de los factores del producto intelectual y moral de una época, los instrumentos de lucha —aun contando con la flaqueza del bagaje que se tiene a mano— se conservan y son de manipulación imprescindible.

La ideología de lo justo debe, a toda costa, deshacer esa contrafigura. Es más, tiene la obligación de ignorarla irrevocablemente. Ha de sobrepasar, a fin de merecer confianza, las posturas del *pensamiento*

* Texto de la comunicación que, para el *Area 17 (Humanismo en clave social)*, se presentó al *Congreso Internacional: Humanismo para el siglo XXI*, Facultad e Instituto de Ciencias de la Educación, Universidad de Deusto, Bilbao, 7 de marzo de 2003.

único que adolecen de los siguientes vicios. Elusión del elemento intelectualista de formación de la opinión pública y preferencia por el adoctrinamiento procedente de los medios de comunicación audiovisuales. Andanza a la deriva, causada por el fracaso de las economías de estirpe socialista, por la explotación de esta circunstancia en las recientes ediciones del *neoliberalismo salvaje*, y por la ineptitud para conseguir soluciones que liquiden su interinidad. Recepción de valores dirigidos al halago de la sociedad y dependientes de ciertas opciones —modernizantes e insensatas— de sus individuos y grupos. Divergencia entre el concepto —formalmente democrático y gradualmente abandonado— de la Moral política, y la promoción febril —que se pone de moda y vigoriza— de la *inerrancia e infabilidad del jefe o conductor*. Sustitución del estilo discreto —que debe animar las acciones políticas, sociales y económicas— por un sistema, si así cabe llamarle, de abominación del adversario, que, lejos de aprovechar su predisposición cooperativa, resalta su inesciencia —pasada, presente y futura— para proyectos de esa magnitud. Preterición —escandalosa, muchas veces— de las situaciones de interés general que exigen atención, y anteposición, no menos descarada, del espectáculo que ofrecen las luchas dirigidas a la conquista y acaparamiento del poder.

La ideología de lo justo disuelve los reductos intelectuales del pensamiento débil y purga las miserias del pensamiento único. Descansa en unas cuantas consideraciones. Constitución —con lo que de disuasorio tienen las objeciones de metodología— de una opinión pública ilustrada y activa, capaz de diagnosticar los males de la sociedad pluralista y de movilizarse para eliminarlos, desoyendo el *recetario dogmático* de los medios de comunicación e información. Solución racional de los problemas económicos, sobre todo de las deformaciones y cambios que la mundialización ha traído. Reconocimiento y efectividad del *valor de la justicia*, como una síntesis de igualdad material, que va en busca de la libertad verdadera, y de libertad que fomenta el desarrollo íntegro de la personalidad humana. Todo lo contrario de una libertad enturbiada, desde sus orígenes, por el mensaje de la pseudoigualdad que prostituye sus adquisiciones más preciadas. Devolución —no menos efectiva— al pueblo del poder político, mediante la concienciación y puesta al día de sus responsabilidades. Destierro de los adoctrinamientos, halagos y conminaciones con que los poderes democráticos de hoy día gustan de obsequiar a una sociedad hipotecada por muchas formas de sumisión y servidumbre. Transparencia de los resultados habidos por los responsables sociales y prohibición de ocultar los fracasos —quizás remediabiles con otros auxilios— o engrandecer aquellos éxitos que lo son menos o no tienen condición de tales. Conversión de la vida pública en el espa-

cio de intercomunicación que su plenitud requiere, y no en un reducto que —acusando la ferocidad de la *enemistad política*— invita a la insinceridad y al hermetismo. Como si, regresándose a una vieja censura, la mentira —instrumento de manejo generalizado y ventajoso— no pasase de ser un *discreto pecado venial* que circula en el mercado de la vida pública.

2. Emergencia de la mundialización

Los designios y perversiones de la mundialización —que, pese al esfuerzo hagiográfico de sus defensores, son bastantes— se oponen, de raíz, al prevalecimiento de un juego de valores que sitúa la justicia en la cima de su concurrencia. Las imágenes liberalizadoras de la mundialización —activadas por el decisionismo económico que oculta sus fuentes de generación— constituyen, si se revisa el inventario de sus logros, el impedimento más formidable de cuantos interceptan los caminos que llevan al triunfo de la ideología de lo justo.

La *cosmovisión mundializadora* propende a suprimir —natural o artificialmente— las restricciones y/o barreras que de antiguo frenaron unas vicisitudes —políticas, sociales y económicas— cuyos rasgos diferenciales se entremezclan a medida que la Historia aguarda, a la vuelta de la esquina, la respuesta a sus interrogantes más temibles. El marco territorial del ejercicio de la soberanía del Estado supuso —mientras conservó su carácter de categoría dogmáticamente ineludible— el óptimo ámbito de esas relaciones y el límite de su equilibrado desarrollo. No obstante, se fue desdibujando ante la tendencia general —fomentada por la realidad del crecimiento saludable y por ciertas perversidades de la intercomunicación— a que los acaecimientos vitales de la familia humana se escenificasen en los espacios sin fronteras que inhibían los prejuicios domésticos de antaño y apoyaban la movilidad de sus protagonistas. El ritmo de esta evolución se señalaba por la velocidad de crucero, que aumentaba la cifra de sus experimentos, y por la vehemencia de sus inquietudes de conquista.

La mundialización de hoy día constituye un concepto jurídico, social y económico, indeterminado —amén de acampar en otras esferas que se la disputan— y expuesto a la aventura en que su pléyade de co-definidores se sumerge. Mundializador es cada momento del estado de cosas —plural e ineludible para la acción y el pensamiento de cuantos advierten sus manifestaciones— en que, al margen de apariencias confusas y difusas, se presienten la aparición y el progreso de esas inclinaciones expansivas. A reserva, todo ello, de una evolución despro-

vista de reglas —que faciliten las predicciones más elementales— e inundada de acontecimientos que desencadenan agresiones y crisis torrenciales. La mundialización —deontológicamente contradicha por tales experiencias— no es la clave ideal para rehacer un universo que, llamado a difundir el bien, quiere enmendar los más inhumanos de sus yerros.

La mundialización se instala en el dominio —resbaladizo y vario-pinto— de los excesos ambiguos o malevolentes, las imprevisiones y los aventurismos insensatos. Se da la paradoja de que un *mundo achicado* —cuyas peripecias más modestas son objeto del conocimiento general, que no siempre criba la verdad histórica de las versiones recibidas, y de las censuras especializadas— encierra ocultismos que pertenecen al misterio de su esencia y le convierten en un enigma indescifrable. Las situaciones anómalas —genéricas o específicas— que la mundialización desencadena, desconciertan a los pobladores de aquellos espacios, aunque, en vez de arrastrarles al pesimismo de la desmemoria, desafíen su curiosidad. Lo hacen con el asombro que experimentaron los primeros cultivadores de la filosofía, pero también les acompaña un *ímpetu de reto* que alivia la melancolía consiguiente a los fracasos del acercamiento a la verdad apetecida. El hecho mundializador conmueve las conciencias individuales y colectivas para que —visto su impacto en el desarreglo de las vidas injustamente organizadas— se intente, más allá de un copioso anecdotario, agotar el análisis de los cambios que subyacen a sus realizaciones.

3. Pasado edificante de la mundialización

La mundialización imprimió carácter a la era de los descubrimientos que, como cuestiones centrales, planteaba las que guardaban parentesco con la libertad de tránsito entre continentes y el ejercicio de una incipiente economía de mercado que dependía de estas novedades. La primera conectaba con pretensiones colonizadoras en que lo supuestamente espiritual ocupaba el lugar de otros afanes y no daba entrada a las insinuaciones de reformas sociales. La segunda comulgaba con la filosofía del éxito, asociada por la Moral del reformismo protestante a los triunfos que remuneraban la laboriosidad austera de quienes —antes de lucrar las excelencias sobrenaturales de otro mundo— disfrutaban de algunos beneficios del presente. De ahí, la variedad de ambiciones, interrogantes y utopías que nacieron de semejantes actitudes.

Todo un acervo de expectativas y alicientes se concentraba en torno a la primera muestra de conciencia pluricultural. Sus problemas se

abordaron de modo incompleto, con el maximalismo de los derechos de conquista y la oscurividencia de momentos históricamente inadecuados para el serio ejercicio de la crítica y la sana práctica de la disidencia. Aún así, el depósito de esas contribuciones no se ceñía a un acto de presencia de tan impresionantes novedades, pues, por modestamente que los signos de los tiempos elevasen el tono de censura, obligaban a una reflexión que los reclamos de la razón y la mala conciencia, en caso de desoírse su llamada, hacían prevalecer a fin de cuentas. Algunas cuestiones emanaban de las dudas anejas a la recepción de los nuevos derechos naturales de la comunicación, pues costaba defender que los inmovilismos de las actitudes personales y la tosquedad de las instituciones de antaño primaban sobre una movilidad justificada por las poderosas razones que se alegaban en su pro. Otras mostraban cómo la soberanía unitaria del Estado absoluto —impermeable e incomunicado hasta entonces— dejaba de ser la verdad oficial y se sustituía por el concepto de *interdependencia*, augurando la suerte de las organizaciones internacionales que, andando el tiempo, ocuparían las parcelas de una soberanía mitigada por esa innovación. De ahí, la dificultad de erigir un Derecho de Gentes que predecía los escollos del futuro Derecho Internacional Público, debido al disenso sobre el contenido material de sus principios y preceptos, a las insuficiencias que, para perfeccionar una justicia suficiente, encerraba su coercibilidad defectuosa, al predominio de lo transaccional sobre lo normativo, y a la injerencia de consideraciones metajurídicas que le acercaban teóricamente a la Moral y le alejaban prácticamente del Derecho.

El mundo se achica porque el problema de la libertad de los mares cuenta, de una parte, con elementos racionalizadores que desvanecen los reparos opuestos a sus soluciones, pero no ignora las intransigencias y celos que despierta el designio de comprometerse con el establecimiento y arraigo de la paz. Este empequeñecimiento se enfrenta a las condiciones políticas de una soberanía absoluta que la teología jurídica de su tiempo denuncia con una energía que no suaviza la aplicación de sus premisas. Abundan las tentativas doctrinales de explicar —con apasionamiento didáctico— los atractivos que un mundo abierto, como el que entonces se diseña, oponen a la enemiga de cuantos le ignoran y hostilizan. Se preconizan las ventajas que, en un porvenir alentador, ofrecerá —a cuantos saben *creer en la esperanza*— la interdependencia de las comunidades políticas. Integradas, conforme a la naturaleza de las cosas, en otras superiores que rejuvenecen sus atribuciones, ordenan las relaciones que les corresponden, moderan lo áspero de sus enfrentamientos y adiestran en el arte de sustituir el recurso a la fuerza por la terapia pacificadora de la inteligencia bondadosa. No son de me-

nor enjundia los problemas a que, en función de las variables apuntadas, darán lugar las peripecias del comercio internacional.

4. Efecto convincente de la mundialización

La mundialización definió las posturas que los reformadores sociales europeos de los siglos XVI y XVII adoptaron, al proclamar que la *doctrina idealista del orden natural* era inservible, porque anteponía la simulación de las necesidades a su veracidad histórica, y superable, pues los estados de conciencia de la época presentían la urgencia de un sustitutivo fiable y eficaz. De ahí, la opción por un *yusnaturalismo realista*, moderno y provechoso. La primitiva orientación reducía el significado de lo justo a una síntesis de la asistencia sobrenatural, sin cuyo apoyo dicho conocimiento era imposible, y del auxilio de la razón humana, resuelta a su descubrimiento. La posición realista pasó a considerar, como móvil y eje de todo su discurso, la sensibilidad y el tino exigibles para seleccionar las necesidades inéditas que aparecían en los horizontes de la razón práctica.

La mundialización conectó, acto seguido, con la idea de que los principios jurídicos emanados de la filosofía política del Estado demoliberal, gozaban de una fisionomía inalterable. Provenían de la *invención* —sinónimo del hallazgo de algo preexistente— de unos derechos que no pertenecían a la persona humana por la *condición de creyente falible*, que el idealismo yusnaturalista defendía, sino por el *valor y cualidad de ser creado*, que se reconocía en la reflexión de las aspiraciones sociales. La mundialización no era el acceso a un universo de ocurrencias —más o menos imaginativas— y sí el recurso al utillaje del entendimiento que —atreviéndose, una vez más, a pensar— ocupaba, en su cielo de libre pensamiento, lo que, tiempo atrás, se había descubierto en los grandes espacios geográficos.

La mundialización tradujo su convencimiento en la acogida —primero intelectualmente fatigosa y luego repleta de evidencias— de los derechos que acompañaban a los seres humanos desde su advenimiento a este mundo, y que, al acrecentarse con el progreso personal, aumentaban su espectro de oportunidades provechosas. Derechos que se estimaban intangibles, porque, al originarse en el hecho de cada existencia individual, la condición de naturales o cuasinaturales les defendía de las agresiones arbitrarias con que el poder soberano intentaba modificar su sustancia o desfigurar —sustituyendo lo natural por lo graciable o complaciente— los títulos de su pertenencia al depósito de bienes jurídicos que los alojaba. Derechos precedentes a los arbitrios o prejuicios del

Derecho humano, que, lejos de ejercitar el poder de crearlos, tenía la obligación moral y política de referir a ellos— solícita y fielmente— las soluciones de interés general que los legisladores preferían. Su existencia y consistencia condicionaban unas iniciativas que, respaldadas por su fuerza informadora, hacían resonar en su mensaje —no siempre de comprensión perfecta, pero certeramente cursado a sus destinatarios— el eco de los signos de los tiempos, para resituar esos derechos subjetivos, una vez ordenados, en el sector del Derecho objetivo que les correspondía.

La mundialización designó el *esfuerzo tecnicojurídico* que, ante la comprensión de esos principios, aspiró a realizarlos en el espacio cultural que les estaba reservado. Mundializarlos era iniciar y concluir, con algún éxito, las operaciones de racionalización que, actuando sobre materiales envejecidos y dispersos, producirían dos efectos. Uno, el de hacer de ellos elementos aprovechables para la *regeneración justa* —aunque esta rotulación se obviase— y la juridificación de la vida social. Otro, el de aplicar —en el más exacto sentido escolástico— a esa materia, la forma de unos postulados que la recta razón no asumía de modo confuso y fragmentario, sino que adquiriría, sin ayudas sobrenaturales, con su destreza de dilucidación. Ello hizo posible que las máximas y/o las proposiciones que condensaban su excelencia, se atuvieran a criterios científicos y sistemáticos que —socavados, con el tiempo, por los sentimientos nacionales— perdieron el, más que discreto, *encanto de la universalidad* que poseían. Las tentaciones centrípetas primaron, a la postre, sobre la generosidad centrífuga de la codificación y empobrecieron el entusiasmo de sus defensores. Las invocaciones al *espíritu del pueblo* —que determinaron entendimientos muy varios— no detuvieron la expansión de un hecho codificador que, coasentido por todos los países civilizados, soportó el conflicto con los nacionalismos afectos a lo singular de sus fisionomías. Algo así como si esa especie de mundialización —apenas impuesta y victoriosa— abriese la *cronología del desgaste* de un Derecho común sabia y costosamente reconstituido.

La mundialización ha caracterizado a la reacción —dramáticamente escarmentada— que exhibe el espectáculo de las confrontaciones entre Estados y bloques, cuya afición común parece ser, pese a lo ingenuo de las apariencias, la negativa a erigir una paz justa y la multiplicación, directa o velada, de las dificultades para salir, sin paliativos, a su encuentro. Mundializar la existencia pacífica es contraer el sincero propósito de crear organismos cuya eficacia elimine o disminuya los antagonismos nacionales o afines. Con otros frentes que la modernidad ha ofrecido a las expectativas mundializadoras,

coexiste una parcela cuya fertilidad está servida por los protagonistas más sombríos y en la que nunca faltan los encargados de revisar y poner al día el programa sangriento de las opciones bélicas. Hasta la Iglesia Católica recuerda que acaso la paciencia divina —inagotable, hasta el día de hoy, según el dictamen de la Teología— se está desdiciendo de esa infinitud y, cargándose de razón, condena la maldad y tozudez con que algunos pobladores de la humanidad invitan a compartir tales aberraciones.

5. Mundialización promotora de los valores sociales

La mundialización plasmó la efectividad del esfuerzo —alentado por la influencia sindical y la insistencia con que la solidaridad supranacional evocaba el renunciado proyecto revolucionario— de las instancias internacionales que tecnificaron, poniéndolos en negro sobre blanco, los requerimientos de un Derecho de Gentes que, a la usanza del antiguo Derecho común, constituían el *depósito cuasiyusnaturalista del nascente Derecho Social* y reclamaban su incorporación a los ordenamientos jurídicos de la modernidad. Así surge la mundialización de dos velocidades. La parte indiscutida de sus soluciones profesaba —para llevarlas a los países industrializados con economía de mercado— un cuerpo de doctrina intangible que, atento a los signos de los tiempos y fiel a la naturaleza de las cosas, proclamaba principios cuyo enunciado escrupuloso no procedía del prejuicio estético de sus proposiciones, sino de las verdades evidentes que facilitaban. Eran el eco de la fuerza moral que asistía a la voz y el aliento de los efectivos sindicales arraigados en los reductos de sus acciones de solidaridad y de denuncia. Perteneían a experiencias vividas con delectación semejante al optimismo que, en el siglo de las luces, había elogiado la victoria del *atrevimiento pensante* y que después se había sumado a las alabanzas del *hecho codificador*. El otro grupo de soluciones —inspiradas en postulados relativos o circunstanciales del Derecho de Gentes— preservaba, con alguna templanza, su alcance mundializador, aportando las sugerencias de un *Derecho de contenido variable*, pero no inmaduro ni precipitadamente concebido, dependiente de su ajuste a las coyunturas históricas o de su implantación en los ámbitos geográficos que las delimitaban. Un Derecho recomendable y digno de análisis, con vistas a su posible recepción.

La diferencia muestra cómo las modernas sociedades se han visto compelidas por el reto mundializador de soluciones uniculturales y cuasiaxiomáticas que —para disipar los reparos de mora o antiyusna-

turalismo social por omisión— tienen que pasar, cuanto antes, a rezozar el Derecho Positivo. El asentimiento a las soluciones condicionadas o de segunda velocidad, depende de la diligencia que —optando en uno de varios sentidos— prestan los poderes públicos que conocen de dichas propuestas. Algunas de ellas se condicen con las disponibilidades sociales y jurídicas, pudiendo perfeccionarse desde ya, o, al contrario, hay que esperar a las realidades sociales de un futuro más despejado y próspero. Cabe defender su aceptación con salvedades o enmiendas que incluyen soluciones intermedias, subordinadas a las vicisitudes históricas y las sensibilidades de cada comunidad, que puede adoptarlas con reservas o, si lo juzga más prudente aplazar su decisión.

Desde la línea de salida de la mundialización, se atisbaban también los objetivos que guiaron los primeros pasos —luego desandados o perdidos— hacia la *tierra prometida de la Europa Social*, aún hoy inacabada y pendiente. Se pretendía conjurar los problemas de crisis económica que planteaba la consunción de los yacimientos extractivos de sectores industriales básicos y salvaguardar la ocupación profesional deteriorada por el colapso de las explotaciones. La inclinación mundializadora dependía más de una preocupación social —la de rescatar el empleo devastado en un amplio mercado de trabajo— que del propósito de proteger los valores ligados a la libertad de empresa que dominaba la economía del sistema. Entraba en juego un cúmulo de cargas que —yuxtapuestas a esa libertad— movilizaban las funciones sociales —inseparables de las renovaciones del Estado social y democrático de Derecho— que incumbían a los propietarios de los instrumentos y medios de producción. Esa mundialización ya intuía —a una escala en que se dieron cita la certidumbre del modelo social preferido y los riesgos de la experiencia de laboratorio— cómo la libre circulación de mano de obra se institucionalizaría en un espacio accesible a las demandas de ocupación absorbidas por ofertas concretas —todavía no indistintas y genéricas— que se cursaban a los trabajadores en el novísimo escenario del mercado europeo. La mundialización exaltaba la libertad de establecimiento y su Política Social menguaba la onerosidad de los gravámenes que sus titulares soportaban. Las reconversiones y reestructuraciones industriales —a que se sujetaba el ejercicio de esa libertad— consistían en la mudanza de las unidades productivas —desplazadas a otros lugares geográficos— o en la adhesión a complejos industriales cuyas condiciones de amplitud saneaban la deteriorada dimensión de las empresas que, así transfiguradas, retornaban a un mercado en que se les otorgaba cabida.

A este capítulo mundializador se sumaron, como complementos obligados, las experiencias de readaptación profesional que —para restaurar la correlación entre la fuerza y las ofertas de trabajo, y flexibilizar la continuidad de la producción— concurrían en procesos de evolución variable. Los unos mantenían la identidad de los bienes y servicios dados al mercado, y sobrevivían gracias a las ayudas tecnológicas que purgaban sus obsolescencias. Los había que cedían su lugar a explotaciones distintas de las afectadas por la crisis y centraban su esfuerzo de competición en zonas enriquecidas con la apertura de mercados que incluían actividades preexistentes o estrenaban otras de nueva factura.

Esta pauta mundializadora animó la idea de crear un espacio europeo complejo y extenso, cuya meta era la *unificación política* que, de consumarse alguna vez, pondrá en serios aprietos la redefinición del *concepto de soberanía estatal*, a cuyos reparos de presente se añadirán objeciones de peso. La implementación —a largo plazo y, por ello, polémica y tediosa— de ese estado de cosas, requiere ordenar los mecanismos y asegurar el buen fin de la integración económica y monetaria. Pese a las protestas testimoniales y las apariencias de progreso, perduran las desconfianzas —fruto de una aleccionadora experiencia— frente a la demora en perfeccionar una Política Social a la que la voluntad europea de hoy día no se adhiere con mucho entusiasmo. No siente ansiosamente la necesidad de llevarla al grueso de su programa mundializador. La idea minimalista de la coordinación de las políticas sociales nacionales —basada en la premisa, disuasoria y discutible, de que *lo mejor es enemigo de lo bueno*— y la calculada modestia de ulteriores retoques, no libra a la Política Social —que, en este caso, dista de ser llamada por su nombre— del estigma de *pariente pobre* en la familia de las políticas comunitarias. La elevación reciente —en textos europeos cuya eficacia preceptiva directa supera el platonismo de proclamaciones anteriores— de los derechos sociales a la categoría de *derechos fundamentales*, lejos de avivar la creatividad de las instituciones comunitarias y los poderes públicos de los Estados miembros, acentúa su desgana en servir a tan importante reconocimiento. El indisoluble economicismo de las instituciones comunitarias acredita su apuesta por los valores de este signo y el magro propósito de adjudicar a los derechos sociales la condición jurídica que les incumbe. La opinión pública —que no se deja adormecer por la propaganda de la literatura europeísta— es consciente, hace tiempo, de ese desinterés. La mundialización —algo así como escapando de puntillas— ha rechazado el reto y se ha batido en retirada, porque las predilecciones de sus artífices siguen siendo distintas y distantes de las que exige un tratamiento a fondo de las cuestiones de la Política Social.

6. Mundialización disolvente de la Política Social

La arrogancia de la mundialización —que se fortifica y gana terreno— se debe al fracaso del plan que pudo haber detenido su avalancha y repuesto las cosas al estado en que la Política Social se resignó a los criterios —cuerdos e inevitables— de la flexibilidad. La situación mundializadora de crisis económica fue algo más que un entorpecimiento reversible, cuya eficacia terapéutica dependía de renunciaciones que —templando provisionalmente los antagonismos del conflicto industrial— aportaban elementos de morigeración de sus fricciones y reclamaban actitudes cooperativas para reconquistar el *paraíso perdido* de la prosperidad y la plena ocupación. Si los empleadores y los sindicatos coaceptaron un contexto de diálogo y entendimiento, lo hicieron para remediar un estado de cosas que amenazaba los intereses de unos y otros. La mundialización —alentada por las amnesias de la libertad económica que se desentendía de sus funciones sociales— derivó en una malévola coartada. La flexibilidad y la desregulación —presupuesto y efecto respectivamente de una tempestiva mundialización de la Política Social— sufrieron el asalto —brutal e irresistible— del *neoliberalismo salvaje*. Los agentes perversos de la mundialización agravaron las rebajas de aquellos sacrificios y, pareciéndoles poco las agresiones contra su cuerpo y alma, se confabularon para liquidar las —ya depredadas— posesiones del Derecho Social.

El examen de la mundialización revela cómo —tras esta comprobación desoladora— proliferaron las oportunidades y ocurrencias que algunos poderes de Derecho y los —más codiciosos— poderes económicos aprovecharon para una detestable sustracción. Los portadores de los intereses económicos se alejaron de sus interlocutores naturales —que, desde su renuncia a la revolución, eran los sindicatos— y les privaron de la movilidad necesaria para ejercer sus funciones con dignidad cabal. Su congelación les abocó a situaciones de inactividad e insuficiencia. La distancia física —que así se consumaba— interpuso barreras insalvables entre los sujetos del conflicto industrial e invalidó los mínimos que avalaban la continuidad de su tratamiento y sus contactos. La gestión de sus incidencias perdió igualmente la razón de ser, porque, al desplomarse la confrontación, la parte más débil —empobrecida e indefensa— se vio atrapada en un campo de juego abandonado por los adversarios, que se dieron a la fuga, e inservible para cualquier empresa de relevancia sindical.

Aunque el avance de los sucesos mundializadores es notorio, hay que escrutar —con delicadeza y lucidez— los procesos de aglutinación y sutura de los bloques que forman su totalidad. No puede desistirse,

pese a la dificultad de la faena, de indagar la reunión sistemática de sus resultados finales. Las variables de lugar y de tiempo son tan retardoras como ingentes, porque, sin ignorar lo expansivo de sus realidades, quedan extremos pendientes de aclarar. ¿Cuáles son los rasgos distintivos del ciclo al cabo del cual la mundialización se instala —por derecho de conquista— y alcanza los máximos de su fuerza conminatoria y destructiva? ¿Cómo es el inventario de las consecuencias, más lesivas que beneficiosas, que derivan de unos adelantos —tecnológicos y económicos— cuyas ventajas se falsifican o exageran?

La mundialización es la acción y el efecto de la retirada de los empleadores que desertan de los escenarios del conflicto industrial en que radicaba el antagonismo de las relaciones colectivas y se resolvían las controversias —jurídicas o económicas— que afectaban a la normalidad de sus tensiones. La libertad de establecimiento no se ejerce hoy —como enseñaba la *deontología pactada* del período de la crisis económica— en dependencia de sus funciones sociales. Pretende que, sin trabas, la ejecución de los procesos productivos se traslade a comunidades lejanas y ajenas a unas oportunidades sindicales —de oposición y de crítica— que disienten de sus tradiciones culturales. Los poderes económicos contribuyen, sin reparos mayores ni un ápice de mala conciencia, a degradar los niveles de tutela social que los legisladores de los países descolonizados —antño orgullosos de esos rasgos de modernidad— habían incorporado sus ordenamientos jurídicos.

La mundialización deja fuera de juego el contenido esencial o núcleo invulnerable de la libertad sindical. La facilidad de la libre circulación de capitales choca con la imposibilidad de la movilización geográfica de los agentes sindicales y con el ejercicio de sus libertades fuera del territorio de los Estados soberanos de origen. Dificultades que se aprovechan para erosionar, aún más, la intervención sindical negociadora. El sindicato se ve reducido a funciones —menores o secundarias— que devalúan su protagonismo para fijar las cláusulas colectivas —de grueso calibre— que acusaban la sustancia del cambio y la mejora de las condiciones de trabajo amparadas en la eficacia general de lo negociado. La intervención del poder sindical se empobrece en los frentes que, hurtados a la negociación colectiva, eran de ocupación indispensable para el juego del principio de irregresividad y la obtención de las ventajas a que su aplicación daba lugar. Ello afecta, no menos, a la *suerte de la conmutatividad* que, agredida por los poderes empresariales de organización y dirección, pierden las relaciones contractuales de trabajo.

La fertilidad tecnológica de la intercomunicación —que la mundialización acelera— estimula la aparición de novedosos procesos productivos. En la era de exaltación de la productividad, los empleadores

—resueltos a violar los derechos constitucionales de los trabajadores e insensibles al fenómeno de la fatiga industrial y sus secuelas— aventaban a unos sindicatos externos a las unidades productivas, sin la formación y el conocimiento requeridos para contrarrestar esos desmanes. La ventaja se eleva a la segunda potencia cuando el poder empresarial se entrega, en cuerpo y alma, a impermeabilizar los secretos tecnológicos de la era mundializadora. Las situaciones abusivas, que surgen entonces, no sólo se sustraen al control, sino también a la comprensión conceptual de los agentes sociales legitimados para su denuncia y eliminación. La mundialización castiga al sindicato con una plaga de calamidades que incluye la dificultad de disección de peculiaridades económicas y/o tecnológicas que no se consigue asimilar. Los activos de la democracia industrial —hipotecada en estos términos— se devalúan y/o disipan, sufriendo un retroceso y facilitando la desaparición o el adelgazamiento de las cargas —gradualmente simbólicas— que pretendían convertir la libertad de empresa en el derecho-función que nunca llegó a ser.

La mundialización vuelve —como en los albores de las luchas sociales— a contractualizar las condiciones primordiales de la relación individual de trabajo, restaurando los inconvenientes del rescate —que beneficia de nuevo al empleador— del poder de dominación sobre su régimen y de la decadencia de la autonomía de la voluntad del trabajador por cuenta ajena. Su desamparo explica que, cuando entra en el palenque del rito de la contratación individual, se sienta prematuramente desmoralizado y vencido. De ahí, sólo hay un paso a la quiebra de los mínimos de solidaridad, a la dispersión de los fragmentos residuales de la conciencia de clase y a la confiscación de la dignidad indispensable para resistir. La decepción y los celos que suscita el imperio de la contratación individual, son las contrafiguras de la adhesión despertada por las adquisiciones colectivas que, gracias a la eficacia general de los convenios, aumentaban el prestigio de los sindicatos. Los trabajadores advienen a una situación de conflicto impropio, al desvincularse —como resulta de la estrategia mundializadora— de los intereses de categoría que impregnaban aquellos estados de conciencia. El tratamiento estrictamente individual —purgado de aspiraciones solidarias— de sus intereses profesionales, les opone al frente que forman un protagonista común —el empleador contractualmente dominante— y el resto de los integrantes de la categoría. Cada autonomía individual es la ciudadela de un adversario que reacciona y obliga a reaccionar en pie de guerra.

La mundialización devalúa el Derecho Social a través de varios factores de degradación. A saber, el ejercicio irrestricto de unas liber-

tades de establecimiento y circulación de capitales que incumplen sus funciones sociales, la desaparición o traslación a otros pagos de las bases físicas de los procesos productivos, la irrupción de tecnologías inaccesibles a la supervisión sindical, el demérito de la negociación colectiva y el engrandecimiento —desproporcionado y lesivo— de la contratación individual. Sin olvidar la complicidad de las instancias políticas —que contribuyen a erigir zonas de tributación debilitada y obstan a la sobrevivencia de ciertas unidades productivas— y la beligerancia con que, saboteando la rehabilitación del Derecho Social, los poderes económicos toman partido en las operaciones de su *voladura controlada*.

7. Recivilización falsa del Derecho Social

Una perspectiva pesimista contemplaría la mundialización como una carrera de gran velocidad, en la que participan cuantos se han concertado para destruir, sin dejar rastro de supervivencia, las adquisiciones que el Derecho Social quiso salvar del naufragio causado por la crisis económica y sus estados de enrarecimiento. Esta voracidad —ungida con la razón falaz de que sólo la regeneración económica responderá unas adquisiciones sociales que hoy sufren la más indeseable de las suertes— defiende, alardeando de suficiencia técnica, las pautas de *neoliberalización absoluta* que, sin ocultaciones ni sonrojos, resucitan la —tan inquietante como falsa— tesis de la *recivilización del Derecho Social*.

La *civilización del Derecho Social* formó parte de un fenómeno mundializador que apreciaba, como constantes empíricas, los datos de la frecuencia, la habitualidad y la homogeneidad del reclutamiento contractual de los trabajadores dependientes. Su tarea se enderezaba a enriquecer el régimen de las relaciones individuales de trabajo con las aportaciones llegadas de la Teoría General del Derecho, de la Parte General del Derecho Civil y del Derecho Común de las obligaciones, amén de los auxilios del Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo. Cae de su peso que esas contribuciones ayudaban a erigir un edificio interdisciplinar de calidad y consistencia óptimas.

La inauténtica recivilización del Derecho Social deviene el instrumento que, como insustituible panacea, esgrimen los adictos a la mundialización. Remedando el estilo caduco de la publicidad filomarxista, abogan por un régimen de relaciones de trabajo desregulado hasta el punto de que no es fácil diferenciar su desaparición de lo poco que, tras esa deprecación, queda de aquéllas. Propugnan la vuelta al tratamiento —escuálido

y escueto— del arrendamiento de servicios demoliberal y les encandila la idea de liquidar los restos de las adquisiciones sociales que, tras la fulminación del principio de irregresividad, permanecen enhiestas.

Cualquier Estado soberano puede aceptar —por motivos no siempre confesables— unos u otros de los avances de la mundialización que repercuten negativamente, como hecho consumado, en las relaciones de trabajo. Dicha actitud sepulta las más dilectas ambiciones de la Política Social, doblegándose ante los poderes de hecho que —escudados en las recetas del *pensamiento débil*— pretenden abolir aquélla y reemplazarla por el juego de las fuerzas que convergen en un mercado sumiso y dominable.

8. Racionalización moral de la vida económica

Los aspectos de la mundialización requieren operaciones revisoras que tienden a racionalizarla. La democracia consumó una racionalización moral de la vida política que, en la *era de la contestación*, fue imitada por los moradores de otros ámbitos y provocó profundos cambios. La universidad accedió a la reconversión democrática que exigía la desaparición de la autocracia profesoral, del monopolio de las verdades humanísticas y científicas, y de la negativa a asimilar las aportaciones más dignas de ingresar en el mundo del pensamiento. La familia se sometió a las mudanzas dictadas por un decisionismo sociológico que, además de complicar su estructura, invirtió las relaciones de jerarquía y afección que de antiguo le caracterizaban y cuya excelencia no deja de reivindicarse. La sociedad mostró el exuberante pluralismo que provenía de superar la simplicidad del dualismo inicial —*poseedores de bienes* frente a *desheredados*— y se organizó en grupos y frentes que, como referente de su evolución, agravaron la nota de conflictividad. Las confesiones religiosas reclamaron la introducción de estilos democráticos en las acciones de dirección y de gobierno que, hasta entonces, abundaban en los hábitos del autoritarismo y de la obediencia inexorable.

Estos ensayos —inspirados en los propósitos de una Moral participativa— son difíciles de trasladar, hoy día, a la racionalización moral de la vida económica y de atenuar la dureza de las innovaciones mundializadoras. No pocos obstáculos lo impiden. La división entre moralistas y juristas —que nunca alcanzaron su punto ideal de convergencia— constituye el primer impedimento. Los movimientos correctores de la mundialización abusiva tropiezan con la prevención férrea de quienes la mantienen y con la dificultad técnica de coordinar el pensamiento y

la acción de cuantos coinciden en su necesidad. Las comunidades —más o menos conocidas o ignoradas— a que la mundialización se ha extendido, no cuentan con aparatos de promoción y propaganda que les enardecen lo bastante para alzarse contra sus demasías.

No es fácil ni sincero formular, en estas condiciones, un augurio que garantice de inmediato el recobro del paraíso perdido de las adquisiciones sociales, pero tampoco es improbable que, a la vuelta de la esquina de los episodios históricos, aguarde, oculta todavía, la iniciativa —¿providencial o milagrosa?— que permita ir en busca del tiempo perdido y situar a la persona humana en los espacios habitables de una *ciudad terrestre* donde ame, sirva, conviva y edifique.

Los teólogos juristas del siglo XVI —conscientes de las dimensiones del mundo de su tiempo y del peligro explícito en la teoría del derecho divino de los reyes— reflexionaron sobre estas circunstancias para construir un cuerpo de doctrina cuya combatividad ha pasado a la Historia. Se definieron —con contundencia y riqueza de argumentos— en pro de la atribución del poder político al pueblo en el que, por imperativo del orden natural, residía la soberanía.

Siguiendo este modelo, hoy no es descabellado ni ocioso aspirar a que —ante el torrente de datos que procura la presencia, en los más remotos rincones del mundo, de tantos cuyo pensamiento y acción defienden la esperanza de una *humanidad más humana* y una vida más justa— se levante, a cargo de sus aportaciones y experiencias, el novísimo *Derecho Universal de las relaciones de trabajo*. Un orden natural que haga inventario —exhaustivo y honesto— de los cambios de las realidades sociales, que —serena y sabiamente— denuncie el deterioro causado por los excesos de la mundialización, y que, con los valores de su disposición cooperativa, renueve los principios de la dignidad y el respeto que merece y, ello no obstante, va perdiendo una Política Social herida de muerte por las agresiones del neoliberalismo salvaje.

EL ARBITRAJE Y LA EMPRESA: ALGUNAS REFLEXIONES PERSONALES

Prof. Antón Hernández Zubizarreta

Introducción

Tal vez por nuestro ya insufrible rechazo al juicio y a todo cuanto le rodea; probablemente porque ya hace mucho tiempo descubrimos que existían retos profesionales más ilusionantes, tales como la prevención del conflicto o la solución no judicial de éste; sin duda porque durante este tiempo nuestra profesión nos ha dado más oportunidades de asesorar, negociar, discutir, plantear soluciones alternativas, acercar posturas, potenciar intereses comunes y minimizar diferencias; o porque, muy probablemente, por razones de edad y de una larga experiencia profesional docente y decente, compañeros de profesión o Tribunales Arbitrales nos han designado árbitro o mediador en diversos procesos arbitrales o actuaciones de mediación.

Por todo ello nos decidimos a escribir estas líneas que, no obstante las dificultades con las que nos hemos topado en el desempeño de nuestras funciones arbitrales y sobre las que nos hemos prometido estudiar y escribir, carecen de valor científico o técnico y a lo más podrán tener algún valor puramente recopilatorio de algunos de los problemas que, tal vez, todos conocemos, de los que tanto hemos comentado y discutido, pero que no somos capaces de resolver y, todo ello, en relación con el arbitraje.

Por qué si es evidente que el juicio más que lograr una solución justa, en muchas ocasiones se logra lo contrario; por qué si se resuelve mal, tarde, a un precio desmesurado y no soluciona el problema en tantas ocasiones, por qué prolifera y se incrementa su número, lo que obliga a aportar ingentes recursos humanos y materiales que nada sustancial resuelven, salvo evidenciar la dimensión del problema.

Por qué si el arbitraje es mucho más rápido, es más flexible, la intermediación constituye la esencia del proceso, es barato, se resuelve por

profesionales especializados que han superado la oposición de la vida, tras largos años de experiencia, estudios, conocimientos y destrezas contrastados y una independencia a prueba de fuego. ¿Por qué no termina de arraigarse, al menos en ámbitos que no ofrecen la más mínima duda de su necesidad, como es el de la Empresa?

Nada de especial creo poder aportar con este trabajo, pero sí defender el arbitraje, principalmente en el mundo empresarial, para resolver las controversias o diferencias que surjan, al margen o excluyendo definitivamente la vía judicial.

Aspira, modestamente, a constituir un grito de advertencia que definitivamente contribuya a la consolidación y desarrollo de una institución que tanto favorecería a la empresa, su actividad y objetivos, le permitiría actuar con mayor seguridad, al margen de tantas eventualidades —¿contingencias?— como la vida judicial implica (resultado, coste, plazo...).

Tal vez, no es sino una advertencia para un empresariado que sigue identificando al abogado con el conflicto. Para los Organos o Tribunales Arbitrales que se conforman con actuar con gran rigor y eficacia pero que no ven consolidarse un proyecto que lo tiene todo para ello. Para los abogados en quienes se sigue centrando la conflictividad y a ella dedican su actividad principal, olvidando, casi siempre, que la prevención es lo verdaderamente esencial o que resolver el conflicto acudiendo a la mediación, arbitraje o conciliación constituye un beneficio indiscutible para su cliente. Para todos esos compañeros y compañeras que no comparten que el juicio es el fracaso de la Sociedad y en la medida que la abogacía la defiende, tutele y, en ocasiones, aún la represente, también constituirá su propio fracaso como profesión.

Y todo esto, sin perjuicio de que algunos abogados consideren erróneamente que el litigio constituye nuestra principal fuente de trabajo —y de ingresos—, renunciando a lo que debe ser nuestro principal cometido, desarrollar nuestra actividad profesional en la Empresa, con la Empresa, permitiendo que ésta desarrolle su objeto social porque la legislación que le afecta y obliga, la cumple rigurosamente y sus gestores y administradores actúan como aquel *bonus paterfamilias* que la Ley de Sociedades Anónimas ha convertido en el «ordenado empresario y representante leal».

1. El juicio, un comienzo profesional exigente

Hace treinta y siete años, una serie de televisión «Ironsides», me empujó a estudiar Derecho, como mi padre, por otra parte, deseaba.

Los asuntos que trataba eran crímenes que su protagonista resolvía a base de ingenio y un talento especial.

Cinco años después, finalizados mis estudios y los de economía en la U.L. de la Universidad de Deusto, un 23 de diciembre de 1970 inicié el ejercicio profesional como abogado, desarrollando las actividades más variadas que uno puede imaginar. No sólo no dejé de ejercitar acción alguna, en todas las jurisdicciones existentes, sino que viví durante un gran número de años del juicio y para el juicio, hasta el punto de que, años después, ya como Jefe de la Asesoría Jurídica de una Caja de Ahorros, era el máximo responsable de más de mil procedimientos tramitados simultáneamente.

Mi salud, creo que no olvida aquellos años de plazos, vencimientos, sentencias, recursos, convirtiéndome en lo que a un economista que se integró en el despacho le gustaba definirnos como un «Hombre del Otrosí Digo», sobresaltado y aún angustiado.

Durante tan extenso período, el derroche de esfuerzo, el consumo de horas de descanso, de vacaciones, etc., fue tan extraordinario como las esperanzas e ilusiones puestas en cada escrito que dudabas que se leería con atención, o las desilusiones de una sentencia con un fundamento de apenas un par de párrafos que ponía punto y final a meses —y años— de trabajo, de horas compartidas con un cliente cada día más seguro de lograr sus objetivos y, en fin, a tu propia estima.

La crisis económica, mi formación y vocación económica y mi persistente compromiso con la economía social, me fueron llevando por otros derroteros, ocupándose de tanto juicio otros compañeros y centrándome en la reconversión industrial de un país arruinado económicamente y crispado hasta lo indecible en lo social y político.

Hube de negociar con acreedores y proveedores, trabajadores, Comités de Empresa y Sindicatos de diferente implantación territorial; con empresarios arruinados o con intermediarios de quienes lo habían sido y ahora contemplaban la crisis y las amenazas con temor y, en ocasiones, desde lejos del País Vasco. Las Haciendas Forales, la Banca, la Seguridad Social, directivos y gestores, y en algunas ocasiones con consultores empeñados en reflotar el proyecto y obtener inmerecidos beneficios como titulares —depositarios— de las acciones, que no como empresarios. Y, cada vez más, con empresarios extranjeros interesados en adquirir una Empresa saneada y que no comprendían la incapacidad de lograrlo, las más de las veces por la actitud negativa de las propias Instituciones Públicas, como ejemplo más relevante.

Aquello constituía una ópera bufa en la que siempre alguna de las partes interponía un procedimiento con el que, generalmente no con-

seguía objetivo alguno diferente al del resto de los acreedores, es decir, ninguno.

También la compraventa de Sociedades, la toma de participación y el control en las mismas, las cautelas que es necesario adoptar en materias como la administración, la venta a terceros de los títulos, la fidelización o los contratos especiales del equipo directivo, el «conocimiento», la clientela o el mercado, exigieron dosis extraordinarias de interminables, minuciosos, profesionales y complejos procesos que debían discutirse a muchas bandas.

La participación en los Consejos de Administración, las dosis de paciencia desplegadas en las Empresas de la Economía Social nacidas de la crisis, en las que sus mujeres y hombres lo habían perdido todo (prestaciones del FOGASA, desempleo, préstamos bancarios) a cambio de la esperanza de un empleo en el que nadie creía, aun cuando les pedíamos que ellos lo hicieran a ciegas, sólo porque gente como yo, así lo creía necesario y posible.

Todo esto y mucho más me alejó del litisconsorcio pasivo necesario, la redacción correcta de un suplico o la formulación de una reconvencción.

Pero las diferencias, las controversias, los agravios no son ajenos al mundo de la Empresa que hemos descrito. Todos hemos conocido problemas relativos a la denominación social, las marcas, las patentes o propiedad intelectual o industrial, la validez de los acuerdos sociales, el derecho de información, la legitimidad de los Organos Sociales, la responsabilidad de los administradores y tantos etcéteras que cualquier abogado sabría completar, en una extensa lista, sin dificultad alguna.

Y tales controversias, como no podía ser de otro modo, deberían haber sido tratadas ante el Juzgado competente, pero la realidad es tozuda y evidencia que estos conflictos se sustancian en la vía judicial en una proporción mínima, pues el empresario huye, reniega, considera inútil y estéril tal camino. Criterio que, como es obvio, compartimos. Renuncia al juicio, cede o provisiona, pero no litiga y, menos si cabe, acude al arbitraje.

2. Algunos de los inconvenientes del «juicio» en la resolución de las controversias

No hace falta contar con una larga experiencia profesional para constatar que juicio y justicia son conceptos no siempre compatibles, llegando a ser, en ocasiones, auténticamente antagónicos.

Y, sin embargo, el juicio persigue alcanzar que la disputa se resuelve justamente, por lo que si por un motivo u otro no se alcanza este objetivo, quiebra todo nuestro Ordenamiento Jurídico y se convierten en estériles todas las defensas, citas y alegatos sobre el Estado de Derecho. Reflexionemos sobre el particular.

1.º En un mundo cada vez más especializado, por complejo, exigente, defensor a ultranza de una legalidad de lo más diversa, procedente de Organos legislativos cada vez más numerosos, dispersos y diversos tanto en el ámbito nacional como internacional, jóvenes estudiosos, pero sin experiencia alguna —pues las horas de estudio son irreconciliables en muchas ocasiones, con la vida misma—, deben resolver desde el crimen más horrendo, al futuro de unos hijos desamparados por las crueles diferencias de sus padres, pasando por un complejo proceso concursal.

Son jóvenes que encerrados en sus despachos deciden sobre lo divino y humano, cuando los más veteranos, nos conformamos con una modestísima parcela del conocimiento humano, tras años de ejercicio profesional y cientos de horas de actividad docente a varias decenas de generaciones de juristas, entre otros, a ellos mismos.

2.º La relación y vinculación del derecho con otras disciplinas que no conocemos suficientemente, es cada día mayor. La contabilidad y los principios del denominado «Nuevo Derecho Contable»; las reglas de auditoría y la evaluación de sus dictámenes y conclusiones; el conocimiento de idiomas y la internacionalización de las relaciones (simples y ordinarias exportaciones o importaciones, participaciones en empresas extranjeras o, a la inversa, los contratos de asistencia técnica o todas las propias de unas empresas que operan en un mercado único, cada día más extenso); las nuevas tecnologías, la informática, los procedimientos, metodología y desarrollos que persiguen una mayor calidad —la calidad total—, un mejor servicio y la satisfacción del cliente, menores costes, precios competitivos y, en suma, una mayor eficiencia; la nueva problemática que cada día surge con motivo de este nuevo orden (infracciones informáticas, atentados al derecho a la intimidad, la protección del «conocimiento», la competencia desleal, las ayudas de Estado y su control, las infracciones tributarias, la denominada ingeniería financiera, los paraísos fiscales, los puertos de conveniencia, el medio ambiente, la delincuencia internacional y los tratados de Estado, los Grupos de Empresas multinacionales y los efectos de su crisis económica).

En fin, nada que tenga que ver con las cuotas impagadas de una comunidad de propietarios, el arrendamiento y su problemática, el despido, un accidente de tráfico o una disputa conyugal o familiar por una

herencia que a ninguno resolverá su vida, aunque ayudarán a las modestas economías de los profesionales intervinientes, particularmente interesados es estas «tradicionales» materias.

3.º La multiplicación de la norma nacida de la acción legislativa de Ayuntamientos, Provincias o Territorios Históricos, Comunidades Autónomas, el Estado, la Comunidad Europea o los Tratados y Tribunales Internacionales.

4.º El incremento desmedido de los juicios, atribuidos a tantos motivos como deseen quienes los promueven, pero al que no es ajena una mayor conciencia colectiva de cuáles son los derechos y cómo protegerlos; la información y acción de colectivos nacidos para la defensa de derechos o intereses específicos, de los niños, ancianos, enfermos, emigrantes o mujeres maltratadas, las Asociaciones de Consumidores o Instituciones públicas o privadas a las que se encomienda la defensa de los más desfavorecidos; trabajadores o empresarios, Cámaras de la Propiedad Urbana y tantas y tantas otras, que de forma desinteresada o subvencionadas ejercen la defensa en juicio de un buen número de personas que pueden acceder a los Tribunales sin coste alguno o muy pequeño.

En suma, una mayor cultura de la exigencia de nuestros derechos, unida a nuevos instrumentos que facilitan su reclamación y tratan de evitar conductas ilícitas impunes.

5.º Una legislación cada vez más numerosa y rigurosa, que sanciona severamente comportamientos y daños, que alienta y facilita la proliferación de juicios en reclamación de daños y perjuicios por actuaciones antijurídicas o negligentes, en el orden medioambiental, tributario, contable, de la seguridad social, de la contratación ilegal de trabajadores, de los accidentes de trabajo, de los daños a las Sociedades, sus accionistas o acreedores y en tantos otros, así como el crecimiento relevante de las indemnizaciones y sus cuantías reconocidas por los Tribunales.

6.º La crisis de una profesión, como es la abogacía, que no ha sabido adaptarse a la nueva realidad social, manteniendo muchos de sus estereotipos y, entre ellos, el de ser la profesión jurídica destinada a dirigir procedimientos judiciales, lo que no sólo no ha combatido, sino que lo acepta y lo ratifica diariamente, privada y públicamente, crisis que con el incremento desmesurado de colegiados se ha acentuado, poniendo en peligro la exigencia de acudir a los Tribunales sólo en última instancia y dando a conocer a los clientes los inconvenientes, costes, plazos, etc., que ello comporta.

7.º Y si de coste económico se trata, sea cual fuere el modo de minutación acordado, la cuantía o la forma de pago pactadas, la intervención mínima de dos abogados, de otros dos procuradores, peritos, noti-

ficaciones, publicaciones, anotaciones registrales, etc., eleva el coste a cifras desorbitadas, sobre todo si se resuelve la condena en costas o, como es previsible, se plantean incidentes y recursos a instancias superiores.

No conozco una profesión a la que se acuse, tal vez infundadamente en ocasiones, con más saña, por lo que cobra o pretende cobrar. Pero no sólo en nuestro país.

8.º Pero si todo lo anterior es importante a la hora de evaluar la conveniencia o no de acudir a la vía judicial, lo es mucho menos que la expectativa de plazo que puede calcularse al cliente. ¿Cómo puede ser concebible que un empresario desconozca durante años si su denominación la puede utilizar un tercero o sus patentes tienen validez; si la competencia desleal de un competidor le obliga a solicitar un procedimiento concursal; o si sus órganos sociales son correctos, con las consiguientes consecuencias, incluso registrales? Los ejemplos serían interminables, como graves sus consecuencias para quien siempre el tiempo es un factor esencial de competitividad y un elemento clave de su actividad.

9.º En materias de extraordinaria importancia, como el derecho concursal, cómo es posible poner en manos de la Administración de Justicia la empresa entera, precisamente en dificultades, es decir, cuando administrarla es más difícil, dificultades que han de resolverse con arreglo a una legislación de principios del siglo XIX, sin el riesgo más que probable de que el perjuicio soportado por la misma sea siempre superior al beneficio que obtenga, aun cuando en estos ríos revueltos suelen ganar los pescadores de menos escrúpulos, es decir, nunca la Justicia.

Tal vez por estas y otras muchas razones más, un juicio, para una empresa es desaconsejable salvo para defenderse, aunque sus gestores escuchen con impotencia y rabia este consejo, por demás, claramente beneficioso para los mismos. No están acostumbrados a resolver los problemas no haciendo nada y, además, ni es lógico, ni mínimamente diligente.

3. La Administración de Justicia

Si alguno de los poderes del Estado está revestido de formalismo, ese es el de la Justicia, tanto como de falta de poder real en este Estado de Derecho, que es el nuestro. Y tal vez de la independencia que precisa según esa proclama histórica de la división de poderes.

Y su falta de poder y tal vez la carencia de independencia de sus órganos rectores expliquen la carencia de medios y la pobreza en la que

ha tenido que desenvolver su actividad. No hace mucho, los sumarios se cosían a mano, se apilaban en los Juzgados en el suelo o se redactaban las sentencias a mano, se transcribían en máquinas tan antiguas que las copias resultaban ininteligibles y los edificios se caían literalmente a pedazos, soportando goteras que constituían una humillación para los funcionarios que en ellos prestaban sus servicios y a los que solicitábamos ayuda, eficacia y una sonrisa. Y las recibíamos.

La falta de Jueces, su retribución vergonzosa, la carencia de la más mínima organización, unidos a una legislación, repito, del siglo XIX, contribuyeron a que la Justicia perdiera todo su crédito, lo que las encuestas acreditaban sin lugar a la duda.

Pero todo ha sufrido un cambio espectacular, al menos en el País Vasco: las infraestructuras son espléndidas, nuevas y, en ocasiones, ejemplares; los medios y sistemas informáticos extraordinarios; se le ha dotado de todo tipo de recursos materiales y se han creado innumerables Juzgados y Audiencias, en todos los órdenes jurisdiccionales; se ha prestado un empeño excepcional a la formación y se presta una atención especial a conceptos como el de la productividad, eficacia o eficiencia.

Y la legislación procesal se ha modificado, sustancialmente, mejorando una ley de 1881.

Pero el juicio sigue siendo lento, lentísimo para una empresa que compite en un entorno turbulento, en el que no hay lugar para plazos y aplazamientos, vencimientos y resoluciones que no terminan de dictarse, recursos, medidas cautelares, o apelaciones interminables.

Por otra parte «vuelven las tasas judiciales», a pesar del enfado previsible del Consejo General del Poder Judicial y nuestra perplejidad. En la Ley de Acompañamientos se ha incluido la «tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional» en el orden jurisdiccional civil y en el contencioso administrativo. No puede superar los 6000 € y está dirigido a las personas jurídicas (es decir, a las sociedades mercantiles principalmente), remitiéndonos al B.O.E. 313, de 31 de diciembre de 2002, pág. 46132 y46133, sobre el particular.

En resumen, el juicio se encarece para la empresa.

Quien quiera ver en estas líneas un reproche generalizado a la Administración de Justicia y sus gentes, está equivocado. Sencillamente, es a nuestro juicio, un mundo vedado a la empresa y sus exigencias, a los condicionantes de la actividad empresarial, a la productividad, mejora continua, calidad total, compromiso de servicio al cliente, cumplimiento estricto de plazos y de todo tipo de exigencias reglamentarias en todos y cada uno de los campos que aborda: seguridad, calidad, consumo, higiene, en materia medioambiental, de seguridad laboral, de

cumplimiento de la legalidad tributaria, contable, laboral, de seguridad social y tantos otros, como hemos expuesto.

El cambio es apreciable, notable en muchos aspectos, pero si la empresa debe resolver sus conflictos en vía judicial, corre el riesgo de perder su misión y sus administradores de incurrir en lagunas de gestión auténticamente negligentes.

Constituye una monstruosa contradicción, pero es sencillamente cierto o, al menos, así lo creemos firmemente.

4. La abogacía y la actividad judicial

Ya me he referido a la tan cacareada crisis de la abogacía, tratada en el III Congreso de la Abogacía Vasca, de principios de 2000.

La ponencia se basó en un estudio sociológico encomendado por el Consejo Vasco de la Abogacía que evidenciaba tal hecho de forma rotunda, no porque el «negocio de lo jurídico» hubiera descendido únicamente (sólo y exclusivamente el juicio), sino porque la gran mayoría de colegiados mostraban su descontento y falta de perspectivas y el informe ponía de relieve una profesión anticuada, no adaptada a la realidad social e incapaz de resolver los problemas de la Sociedad.

Los despachos no habían evolucionado en ningún aspecto: apenas conocían la especialización; no ofrecían servicios integrales; lo componía un número reducidísimo de abogados; prácticamente no se desarrollaban actividades diferentes, ni se prestaban los nuevos servicios que la Sociedad demandaba; no se tenía presente la exigencia del conocimiento de idiomas diferentes del castellano, se concentraban en los grandes núcleos de población y sólo en algunos barrios, la calidad global del servicio no podía ser el exigible dado que en ellos se llevaba todo tipo de asuntos, más por necesidad que por vocación, etc., etc.

En fin, que éramos muchos, que cada día éramos más y más jóvenes; que la gran mayoría hacíamos o nos dedicábamos a los mismos asuntos abandonando los nuevos campos de actividad; que éramos pequeños, no especializados, que no prestábamos un servicio global o integral y, que por ello, nuestra crisis era grave y exigía medidas correctoras drásticas.

Sin embargo, esta realidad contrastaba con el extraordinario crecimiento de los despachos nacidos a la sombra de las grandes multinacionales de la consultoría, auditoría o asesoría tributaria o de los «macrodespachos» con implantación en todo el Estado e, incluso algunos, fuera de éste. De los primeros que he citado llegué a leer un cuadro comparativo en el que el crecimiento de los departamentos legales de

las Firmas paliaba el estancamiento de los otros o, sencillamente, era muy superior su crecimiento.

Es evidente que en estos grandes despachos se gestaban procedimientos judiciales y se defendía en otros a sus clientes, pero a nadie se le ocultaba que su participación en el asesoramiento jurídico —la prevención— de los grandes asuntos económicos o en multitud de arbitrajes nacionales o ante Cortes Arbitrales internacionales constituía y constituye el núcleo esencial de su facturación.

Pero los abogados, los despachos normales, los pequeños despachos que inundan el territorio nacional, aptos para defender cualquier tipo de causa, con grandes limitaciones económicas para acceder a los nuevos desarrollos informáticos, bases de datos, formación continua o simple bibliografía básica, continuaban desconociendo el análisis de balances y aun despreciando los «números», como si un médico renunciara a «leer» una radiografía o algo más que un rutinario análisis de sangre.

Desconociendo y no compartiendo experiencias con quienes lo conocen, con otros profesionales que no siendo abogados pueden y saben complementar y completar nuestras deficiencias y limitaciones.

¿Cuántos despachos se inician incorporando a un gestor, un asesor fiscal, algún Procurador, un agente de seguros o de la propiedad inmobiliaria y cuántos, sin embargo con un experto contable, un economista o un licenciado en empresariales?

¿Qué conocen de una empresa los abogados ejercientes que no sea a alguno de sus gestores o accionistas o sus Estatutos Sociales? ¿Cuántos las han visitado, conocido sus talleres, su facturación y entrada de pedidos, su producción, rechazos, paradas, ventas nacionales o exportaciones, inversiones realizadas y no satisfechas, su capacidad de endeudamiento, sus resultados operativos, la evolución de su plantilla, siniestralidad laboral y absentismo, el presupuesto anual y las principales desviaciones a lo largo del año?

¿Y si no las conocemos cómo podemos asesorarles o, mejor, por qué van a acudir a nuestros despachos a pedir asesoramiento salvo para la defensa en juicio de un acontecimiento aislado, marginal y negativo para sus intereses?

¿Cómo nos ven, todavía, en algunas empresas? Como ese profesional que usa toga, utiliza palabras en latín, escribe y habla mucho pero dice poco, el que nunca da una respuesta breve, concreta, clara. En definitiva, el que no resuelve los problemas que se le plantean. Ese profesional distinto y distante tan poco apreciado por las gentes de la empresa; las que deben decidir, resolver, ejecutar, solucionar problemas con rapidez y eficacia, en equipo, aportando cada uno sus conociemien-

tos, destrezas y experiencias. Y que, en muchas ocasiones, ya en el ámbito judicial cobra más que directivos comprometidos seriamente con la empresa, a la que dedican todo su tiempo, esfuerzo y conocimientos.

¿En qué ámbito de la empresa situamos al abogado? En el Consejo de Administración, por ejemplo, como secretario no consejero, o es mejor que acudamos a él sólo en último caso, cuando los problemas no tienen otra solución que el juicio?

El abogado es un extraño a la empresa; tanto como el fontanero que arregla una cañería de sus instalaciones. Y mientras así sea, estará dando la espalda a un cliente estratégico, tal vez el fundamental porque es el que está sometido a un proceso continuo de cambio, debe arriesgar, pues la actividad empresarial lo es por naturaleza, vive en un mundo complejo, dependiendo de innumerables variables que ni conoce, ni puede controlar; lo integran personas con intereses tan diversos como los de los trabajadores, los administradores, los gestores y se relaciona con clientes, proveedores, entidades de crédito, instituciones públicas, etc., diariamente y en un sinnúmero de actos y negocios jurídicos.

Y por todo ello, ignora que su papel debe ser relevante para contribuir al proyecto que la empresa constituye, su misión de que se cumpla la ley y se actúe correctamente, de prevenir conflictos, evitar problemas, conciliar intereses, mediar y siempre renunciar en lo posible a acudir a los Tribunales, pues su respuesta es incierta, lenta, cara y complejo su desarrollo alejando a la empresa y a quienes la dirigen de su propia misión, lo que no es otra cosa que destruirla.

5. Las nuevas exigencias: el cambio

Tratando el perjuicio tan extraordinario que el juicio y sus secuelas puede acarrear a la empresa en materias tan estratégicas como alguna de las citadas y tantas otras e, incluso, en todas aquellas que inciden en su actividad normal que, por definición, ha de ser ágil, parece evidente que no son aconsejables sino las propuestas ya formuladas: incidir en la prevención incorporando a la operativa a los operadores jurídicos como integrantes de un equipo homogéneo en el hacer y en sus objetivos y, en segundo lugar, reducir el acceso a los Tribunales como objetivo prioritario.

Pero ni una ni otra resuelven la cuestión de una forma definitiva, pues la controversia también es consustancial a la empresa, como consecuencia de esa multiplicidad de relaciones que mantiene con los más diversos agentes en ese difícil entorno en el que se desenvuelve.

No creo necesario hacer una relación de tales posibles relaciones, pero sí que sus conflictos pueden ser numerosos; importantes, de naturaleza muy diversa y con personas físicas o jurídicas muy diferentes.

Exigen conocimientos especializados y a la vez muy integrales, en un gran número de disciplinas jurídicas y dentro de éstas en los más diversos aspectos o cuestiones.

Las exigencias de plazo y coste dificultan la cuestión a límites inimaginables.

Y en este escenario nos parece que sólo el arbitraje puede dar una respuesta razonable y razonada.

Los Tribunales o Cámaras Arbitrales suelen establecer y fijar los honorarios de sus árbitros y los costes de gestión, fijando sumas muy moderadas y ventajosas para los afectados.

Los plazos se reducen extraordinariamente, a pesar de la flexibilidad que suele primar en cuanto a trámites y plazos y la tendencia más que habitual de los profesionales intervinientes de iniciar el procedimiento con arreglo a un calendario muy exigente y concluirlo, meses después, tras diversas prórrogas aceptadas de buen grado por todas las partes.

El arbitraje de equidad reduce las posibilidades de apelación tan extraordinariamente que pocos laudos son recurridos a poco que exista la debida coherencia entre las cuestiones sometidas a debate y el fallo.

Los árbitros son designados, entre otros motivos, por sus conocimientos específicos o especializados y su experiencia acreditada y en muchas ocasiones incontestada. En ocasiones la participación de los Letrados de las partes garantiza adicionalmente una imparcialidad que el propio Tribunal acredita pero que desea que quede meridianamente clara.

La confidencialidad de la disputa es muy superior en el arbitraje que en un juicio, algo de extraordinario valor para las empresas en la práctica totalidad de sus problemas y diferencias internas o con terceros.

En resumen, parece incuestionable que el arbitraje es un método de resolución de los conflictos en el que se ve involucrada la empresa, mucho más ventajoso para ésta que el procedimiento judicial, por lo que siempre que sea posible, parece razonable pensar que debe acudir al primero, sin duda alguna.

Y la proliferación de Tribunales Arbitrales, muchos de ellos nacidos en el seno de las propias organizaciones empresariales o promovidas por éstas, ponen de relieve que los empresarios no tienen duda que este «servicio» resulta indispensable para las empresas; un método eficaz, barato, rápido, justo y discreto.

Y tales Tribunales ajustan sus costes y los de los procedimientos, incorporan a profesionales altamente especializados e intachables éticamente, aportan medios económicos suficientes (locales, bibliografía,

personal administrativo...), sus comités responsables supervisan la calidad e idoneidad de los laudos, realizan las estadísticas necesarias para conocer los resultados, convocan conferencias, jornadas de trabajo, informan sobre cambios legislativos e intervienen con gran eficacia en materias como el consumo, relaciones comerciales-clientes, etc.

Se relacionan entre sí y facilitan la acción en los conflictos intercomunitarios o, incluso, ante Cámaras Arbitrales Internacionales de antiguo y gran prestigio.

El imprescindible cambio cuenta con los medios necesarios, con las acciones precisas y todos los implicados, o muchos, son conscientes de ello, o mejor, lo aprueban y apoyan.

Pero el arbitraje en España no ha arraigado, esto es una verdad también indiscutible, al menos en la proporción que exige todo lo dicho.

Todavía son pocos, muy pocos los conflictos que se resuelven en vía arbitral, incluso en el mundo de la empresa.

Las estadísticas son aplastantes e indiscutibles para los implicados en su implantación.

No sé qué proporción de arbitrajes se promueven por juicio iniciado, pero sé que en treinta y dos años de vida profesional nunca, ni una sola vez he intervenido en el Tribunal Arbitral de Colegio de Abogados de Vizcaya. Tal vez las razones sean varias, pero lo que es cierto es que es un proceso marginal y casi reducido a problemas surgidos, casualmente, y, entre los propios abogados, por ejemplo al disolver un despacho.

Como sin embargo conozco que el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bilbao, excelentemente dotada humana y materialmente, nacido en el seno de la «Casa de los Empresarios», donde tal vez éstos debieran sentirse más cómodos que en los Juzgados, el número de arbitrajes es pequeño si lo comparamos con las diferencias sustanciadas en vía judicial.

El cambio es necesario, incluso urgente, los medios están dispuestos, pero no se produce y si se consolida e impone el proyecto de creación de «Jueces de lo Económico» parangonando a los Tribunales de Comercio Franceses, la evolución de la Administración de Justicia tal vez deje de ser lenta pero progresiva y se convierta en negativa para el arbitraje.

6. El arbitraje: algunos obstáculos

A pesar de estudiarse —poco— en las Facultades de Derecho e incluso en las Escuelas de Práctica Jurídica —muy poco— el arbitraje no tiene, en numerosos «master de empresa» cabida. En resumen es,

para muchos juristas y, en concreto, para muchos abogados, un gran desconocido.

Así mismo, a pesar de los Tribunales Arbitrales creados, los medios de los que se les ha dotado, las iniciativas de Cámaras de Comercio, Asociaciones Patronales, etc., el arbitraje es un instrumento al que el empresario recurre en contadas ocasiones.

Y, sin embargo, tanto unos —los abogados— como otros —los empresarios— conocen de su existencia, son conscientes de sus ventajas y han constatado, de una u otra forma, su eficiencia sobre el procedimiento judicial en materias que afectan a elementos estratégicos de la empresa.

Tal vez, al tratar con los empresarios hemos podido constatar que llegado el conflicto, éste le genera un gran desasosiego, un importante desconcierto y siempre, inseguridad. Y que todo ello contribuye a que no lo afronte con la dedicación, empeño y perseverancia con que lo hace con otro tipo de problemas, pues desconoce las reglas de actuación, los tiempos de duración, el coste, hasta el lenguaje y siempre ese odioso mundo del «papeleo» y la burocracia. Tal vez, reiteramos sean algunas de las razones de tal contradicción.

Por esto, el conflicto y su resolución se convierte en algo de lo que desea desentenderse, delegar, ponerlo en manos de ese especialista que es el abogado y que se mueve como pez en el agua en ese mundo que, en el fondo, aquél teme y odia.

Pero a la larga constituye un elemento de crispación porque el problema no se resuelve y debe soportar sus graves consecuencias.

Un conflicto convertido en algo marginal, al que no prestamos la dedicación necesaria, respecto del que no reflexionamos con sosiego sobre sus ventajas e inconvenientes de no alcanzarse un acuerdo o minimizar el proceso de solución —por ejemplo, mediante un arbitraje— sencillamente se convertirá en un conflicto que se agrava, que se encona más; es un problema cada día más complejo y de solución más difícil.

Por eso, este abandono o inhibición del empresario eleva a la categoría de protagonista del conflicto al abogado, en lugar de constituirse en el experto que toda empresa necesita para prevenir o, en su defecto, mediar o arbitrar.

Y el abogado debe conocer el arbitraje, pero las encuestas que conozco dicen exactamente lo contrario, hasta el punto de constatar que a medida que se rellenan los formularios de las mismas van siendo conscientes de sus ventajas.

Tanto en las Facultades de Derecho como en las Escuelas de Práctica Jurídica, las materias procesales son esenciales y, en las segundas, casi se podría decir que constituyen su presupuesto básico.

Una de las causas de la crisis de la abogacía es seguir considerando el juicio como su principal actividad profesional, haciendo oídos sordos a sus graves consecuencias, a que constituye el fracaso de la sociedad y, por lo tanto, el suyo propio en cuanto defensor de ésta.

¿Cómo es posible que el empresario no conozca una evaluación profesional, científica, pero realista, sobre el resultado del juicio, tanto si éste es favorable, como en caso contrario, en materias esenciales para el desarrollo de ese complejo ser vivo que es la empresa?

Qué decir del plazo, las diferentes instancias, las ejecuciones provisionales o el coste y su indefinición.

Pero la alternativa, la más de las veces, es sólo una, el juicio. Hasta que el empresario soporta el primero, pues en el futuro adopta todas las medidas a su alcance para lograr un acuerdo previo, aunque ello le suponga renuncias a sus derechos o pretensiones.

Y el divorcio empresario-abogado se hace aún más patente pues el primero prescinde de éste siempre que puede o acude a él en última instancia, cuando es precisamente lo contrario lo que haría eficaz la labor jurídica. La del abogado integrado en la empresa, en su proyecto empresarial, el que trabaja en equipo, alerta sobre los riesgos y propone soluciones.

Este abogado, aliado sin fisuras del empresario, aceptará la imposibilidad de una solución amistosa de un conflicto sólo en última instancia y en este caso, probablemente sugiera la vía arbitral.

Si a esto unimos la proliferación de abogados colegiados en los últimos años y la propaganda de los medios de comunicación, películas, novelas, etc., el panorama se ennegrece y el juicio, por encima de todos sus inconvenientes, y el abogado dependiente del mismo, elevarán al primero a la categoría de principal, casi único en términos porcentuales, modo de solución de los conflictos.

Una mejora de la Administración de Justicia y de las leyes procesales o la creación de jueces especializados en materia económica podrán constituir obstáculos adicionales al arbitraje como medio idóneo para la solución de aquellos.

Tal vez la tradición y el dinero, tampoco sean ajenos a ello.

7. Algunas conclusiones

1.^a La empresa, como entidad compleja internamente y sometida a relaciones con terceros igualmente numerosas y diversas, inmersa en lo que hemos denominado un entorno turbulento, comprometida con el cambio permanente y sometida a una competencia feroz en los merca-

dos más exigentes y lejanos, genera y, a su vez, soporta numerosos conflictos de la más diversa índole, muchos de ellos nuevos, no previstos ni regulados por un legislador que siempre llega tarde a las innovaciones, descubrimientos y exigencias de aquella.

2.^a La proliferación de la norma, la internacionalización de las relaciones y la cada día más exigente y sancionadora legislación para con los administradores obligan al empresario a que actúe dando estricto cumplimiento a la ley y con extrema diligencia, lo que implica que esté adecuadamente asesorado jurídicamente.

3.^a Sin embargo, se constata un divorcio entre abogado y empresario, al desconocer el primero las grandes exigencias y limitaciones a que está sometido éste y su necesidad de actuar con rapidez, agilidad y disfrutar de una gran libertad de movimientos. Que el abogado se integre en la empresa constituyendo una pieza fundamental del equipo, directivo, con el que deberá actuar cohesionadamente, informando sobre los límites legales pero aportando su esfuerzo, conocimiento y destrezas para que no supongan un obstáculo constante, una barrera infranqueable por no haber adoptado, previamente, medidas de prevención o se emprendan procesos negociadores.

4.^a El desconocimiento por parte del empresario del arbitraje como medio idóneo de solución de los conflictos, a pesar de la proliferación de Tribunales Arbitrales perfectamente idóneos para el cumplimiento de esta misión, en muchos casos, nacidos a impulso y en el seno de sus propias asociaciones empresariales. Y por ello de sus ventajas indiscutibles sobre el procedimiento judicial.

5.^a Idéntica ignorancia por parte del abogado, profesional que se constituye en la piedra angular del conflicto pero sólo y exclusivamente en vía judicial, a pesar de sus desventajas en la materia que nos ocupa, por la falta de especialización de quienes deben resolverlo; la complejidad de los trámites y su, todavía, gran burocratización; la lentitud del proceso, el recurso y, en suma, los plazos tan dilatados en el tiempo para la resolución de las controversias; el coste elevado por el trabajo a desarrollar, los numerosos profesionales intervinientes, las dificultades y responsabilidades que se asumen y las cuantiosas controversias propias del mundo empresarial.

6.^a La elevada judicialización de numerosos conflictos y la consiguiente reducción de procedimientos que tiendan a lograr una solución amistosa, como la mediación, si bien ésta ofrece resultado esperanzadores en ámbitos como el Derecho de Familia, en los procesos de separación y divorcio, procesos dirigidos por organizaciones beneficiarias de subvenciones y que, en el ámbito de la empresa, quien esto escribe ha constatado su eficacia en situaciones como las de la salida de un so-

cio de la empresa y el pago de sus participaciones, conflictos en la empresa familiar y en las pymes, fijación de indemnizaciones por no cumplimiento de determinadas especificaciones en máquinas de gran valor, liquidaciones de obras y valoración de desperfectos o errores de ejecución, los pactos parasociales en las empresas de la economía social, etc.

7.^a La eficacia del arbitraje, contrastada en las estadísticas elaboradas por los propios Tribunales de Arbitraje, en cuanto a satisfacción de las partes, flexibilidad del proceso, transparencia del mismo, plazo, coste e idoneidad e imparcialidad de los árbitros, la confidencialidad, etc.

8.^a Los graves inconvenientes del «juicio», paralelos a las ventajas del proceso arbitral y sobre las que nos hemos extendido en el epígrafe 2 anterior, pero las mejoras detectadas en la Administración de Justicia, la probabilidad de que se creen jueces especializados en el mundo económico o de la empresa, los cambios en la legislación procesal, más ágil que la anterior, etc.

9.^a Y en resumen, un crecimiento desproporcionado y a todas luces injustificable de los conflictos que se resuelven en vía judicial, en comparación con los que se evitan mediante la mediación o se tramitan y resuelven por medio del arbitraje.

8. A modo de sugerencias

1.^a Los Tribunales Arbitrales deberán continuar en su tarea de consolidación y desarrollo, con la total convicción de su necesidad y aptitud para la resolución de los conflictos, que en nuestro caso, afectan a la empresa, pero a sabiendas de las mejoras que la Administración de Justicia y la legislación adjetiva están experimentando, fomentando, sin duda, el arbitraje de equidad.

2.^a Los Tribunales de Arbitraje y las asociaciones de empresarios deberán realizar un esfuerzo adicional a fin de informar y formar a sus asociados y empresarios en general, sobre el arbitraje y sus ventajas y correlativos inconvenientes de los procesos judiciales.

3.^a Es necesario que aunque el arbitraje es esencialmente una actividad científica, sus logros, trabajos, publicaciones de divulgación, etc., sean objeto del conocimiento público, destacando sus aspectos más determinantes, como el coste, plazo, especialización y profesionalización de los árbitros, confidencialidad, etc., poniendo especial énfasis en que el protagonismo es el del Tribunal, nunca de los árbitros.

4.^a Hacer participar a los empresarios en los procesos arbitrales ajenos, fomentando su compromiso y valía como árbitros, peritos o asesores del Tribunal.

5.^a Realizar una tarea informativa y formativa para con los abogados, desterrando la idea de constituir una competencia para los mismos y, para ello, reconociéndoles su idoneidad, aptitud y eficacia y su papel en el arbitraje no sólo como Letrados de las partes contendientes, sino como árbitros que deberán desarrollar una actividad esencial o reglamentaria, e incluso en la redacción del laudo, con el objetivo de que los aspectos sustantivos y adjetivos queden perfectamente resueltos; en definitiva, mejorando el laudo y dificultando su eventual revocación ulterior.

Todo ello obligará a una reflexión sobre aspectos tales como la identidad de los árbitros únicos, la retribución del árbitro abogado o el voto de calidad o su presencia obligatoria.

En resumen, siendo justos con esta profesión, pero sin desmerecer al resto de árbitros y de considerar que la abogacía es clave para el éxito del arbitraje, en resumen, sin gremialismo alguno.

6.^a Fomentar la mediación por los Tribunales Arbitrales, destacando sus exigencias: capacidad de flexibilidad ante cada supuesto, lo que en absoluto puede identificarse con la simple buena voluntad; formación jurídica y psicológica y experiencia; y especialmente, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad. En resumen, que los mediadores, al igual que en el arbitraje, sean profesionales especialmente formados.

7.^a Colaboración en la redacción de los denominados Pactos Parasociales y de Códigos de Conducta de los Administradores, especialmente en las pymes, empresas familiares y de la economía social, para facilitar la convivencia en la empresa y garantizar su futuro en materias como:

- relaciones entre socios mayoritarios y minoritarios, ejecutivos o capitalistas, familiares, etc.
- designación de cargos y otorgamiento de poderes, así como en las decisiones en materias estratégicas
- tratamiento, respecto de los socios, en supuestos como los de fallecimiento, invalidez, jubilación, etc.
- regulación del derecho preferente de adquisición de acciones y participaciones sociales en supuestos como los de la salida voluntaria del socio, en caso de conflicto o los descritos en el epígrafe anterior
- valoración de los títulos y formas de pago
- la contratación de familiares
- la designación de consejeros externos e independientes y tantas otras a las que el ejercicio profesional nos ha llevado en estos años de intensa actividad.

8.^a Sobre los árbitros, no limitarse a los conocimientos especializados, ni someterse reglamentariamente a la decisión o acuerdo de las partes, reiterando lo dicho a lo largo del presente escrito y, en concreto, para los mediadores en la sugerencia 4.^a anterior.

9.^a En resumen, consolidar y potenciar definitivamente el arbitraje, en el que no solamente creemos, sino al que profesionalmente consideramos el modo de resolución de conflictos más idóneo.

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

