

## **SALUTACIÓN AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE BILBAO**

Por Real Pragmática de la Reina Doña Juana de 21 de junio de 1511 se concedió protección a la institución que se denominó “Consulado Casa de la Contratación Juzgado de los Hombres de negocios de mar y tierra y Universidad de Bilbao”, sancionando un régimen material de regulación y una jurisdicción privativa para los capitanes, maestros de naos y negociantes de la Villa, inaugurándose la etapa de mayor fuerza de la Villa, por su poder en el comercio europeo y su prosperidad económica.

No se trataba de una iniciativa de fomento de la Corona, sino una reacción de la pujante burguesía bilbaína, emergente en el proceso de entreveración de los linajes de “parientes mayores” vizcaínos y los mercaderes, después de declinar la lucha banderiza, avanzado el siglo XIV, dominadora del comercio marítimo con Inglaterra -usuarios privilegiados de los puertos de la corona inglesa desde Eduardo VI en 1474-, Bretaña, Francia y Flandes, frente a los privilegios reservados por los Reyes Católicos a Burgos en 1494, por los que retenía esta ciudad jurisdicción, además de sobre las Cuatro Villas de la costa de Santander y la Provincia de Gipuzkoa, sobre el Señorío de Bizkaia.

Desde entonces, el Consulado de Bilbao, nombrando sus propios Priors, Cónsules, Fieles, Diputados y demás cargos, disponía de su ordenación para el comercio marítimo, capacidad

para acometer las obras y caminos de ría y puerto, jurisdicción especial en cuestiones comerciales, y competencia fiscal dentro de las exenciones del Fuero. Durante tres siglos, el Consulado, frente a la concurrencia con Burgos, las guerras de Flandes, la rivalidad de Inglaterra y Francia, las acciones de piratas y del corso, representó una edad de oro en que varios cientos de navíos construidos y armados en Bilbao, pilotadas por maestros de la Villa, y tripuladas por miles de marinos matriculados naturales del Señorío, eran lo mejor de Europa, luciendo en el palo de mesana la grímpola, rojo y blanco, color del patrón de Bilbao, el Señor Santiago, y en la proa la bandera insignia del Consulado, blanco y rojo, con los dos arpones cruzados. El sello de Santiago a caballo con la leyenda “hoc est sigillum nationis viscaie” puede visitarse en el archivo municipal de Brujas, donde existió el “Praetorium Cantabricum”, vulgarmente denominada “Casa de Vizcaya”, con Cámara y Bolsa apartada de la de los cónsules de Castilla, activa y próspera en la segunda mitad del siglo XVI. La plenitud del Consulado, con su sede adlátere a San Antón, resplandece en la páginas de su “Historia” de Teófilo Guiard, y en las representaciones pictóricas de Manuel Losada, que se conservan en el Museo de Bellas Artes y en las salas del Museo Histórico.

La pugna por evitar el establecimiento del “Puerto de la Paz” en la Anteiglesia de San Vicente de Abando, y la “Zamakolada”, a principios de siglo XIX, desembocaron en una situación promocionada por el proceso constitucionalista, en que la competencia gubernativa y jurisdiccional de los Consulados se atribuyó en 1815 al Ministerio de Hacienda, y en que el ordenamiento mercantil se llegó a codificar, sin los óbices desde la Iglesia y el foralismo que experimentaría la codificación civil, muriendo el Consulado de Bilbao al ser enterado su último Prior en noviembre de 1829 que a partir del 1 de enero de 1830 entraría en vigor el Código de Comercio de Saínz de Andino, promulgado el 30 de mayo de 1829.

Sin embargo, dicha codificación, junto con las de diecinueve códigos de comercio de Repúblicas iberoamericanas, no hay duda que se inspiró en la autoridad, celo y experiencia de las muy

conocidas Ordenanzas de Bilbao de 1737, aprobadas por el Consulado el 20 de julio, y sancionadas por Felipe V en cédula de 2 de diciembre, con pase foral del 19 del mes y año, publicadas y reimpresas en seis ocasiones desde 1738 hasta 1800, y adaptadas en diversos países por estimarse perfectas de forma, y con contenido de la máxima reputación. Conformadas por VIICXXIII (723) números, organizados en veintinueve capítulos, supusieron un genuino código general mercantil en toda la monarquía española, metrópoli y territorios de ultramar, por encima de las Ordenanzas Reales de Castilla de 1492 y 1496, y en detrimento de cualesquiera otras Ordenanzas maritimistas, según puede leerse en la “Legislación Mercantil Española” (1918) de Ricardo Espejo de Hinojosa.

Las Ordenanzas de Bilbao, como reseñara Arístides de Artiñano, fueron producto genuino de prácticos vizcaínos, sin intervención de jurisconsultos, ni sabios legistas extranjeros, y procedían de los usos de Bilbao, precedentes a su fundación como Villa en 1300, cuando era puerto de refugio de mercaderes. Porque, en realidad, son la culminación de las redacciones sucesivas de las normas del Consulado, cuya primera versión se promulgó en 1459, y de la que constituyeron una porción esencial de las “Recopilaciones” de 1399 de los predichos usos bilbaínos. A través de la codificación española perseveraron hasta la jurisprudencia no tan anciana (por ejemplo, la STS de 14 de marzo de 1975, Pte.: González Alegre, define la posición en el contrato de fletamento del naviero como *“señor de la nave o maestro de navío, según la denominación que le era dada respectivamente por el Consulado del Mar y Ordenanzas de Bilbao”*).

En su Capítulo XVII las Ordenanzas de Bilbao contienen un Derecho de Quiebras, que inspiró el de la codificación, y precisamente, salvo para un complicado Derecho transitorio de los procedimientos en marcha, desde el pasado 1 de septiembre de 2004, han perdido su última vigencia los preceptos que sobre la quiebra definió el Código de Comercio de 1829, inspirados en tal capítulo de las Ordenanzas, y con ellos, todo el complejo anacrónico y disperso del ordenamiento concursal que ha ido generán-

dose en este fenomenal espacio de perseverancia normativa, de siglo y tres cuartos, sin parangón en Europa occidental, el cual ha quedado sustituido en adelante por la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, LECO.

Es curioso observar que, poniendo el punto final a la última vitalidad del Derecho de Quiebras de las Ordenanzas de Bilbao, junto con esta reforma concursal, para la competencia exclusiva de su aplicación, se ha erigido un suborden, aparentemente dentro del orden civil de la jurisdicción -pero que atrae la competencia genérica para la declaración de determinados derechos de crédito laborales propios de la materia del orden social-, que se integra por unos novedosos órganos de primera instancia: los Juzgados de lo Mercantil. Así, cuando cabalmente la abrogación formal de las Ordenanzas, que supuso la muerte del Consulado, concedió paso a los Tribunales de Comercio, desaparecidos con el Decreto de unificación de fueros de 8 de diciembre de 1868, resulta que el último aliento del Derecho mercatorio bilbaíno presente en las instituciones concursales viene a coincidir con la reaparición de unos órganos judiciales especializados en lo mercantil.

Ahora bien, no se tratan de órganos especiales de un Derecho de clase como antaño, sino de órganos ordinarios especializados (de suyo, una competencia objetiva como la relativa a las acciones frente a condiciones generales de la contratación, pertenece a un juez de consumidores y no a un juez de comerciantes o profesionales).

No era pensable la monstruosidad de que Bilbao careciera de Juzgado de lo Mercantil, y con alta probabilidad, uno solo será insuficiente. De todas formas, el nº 1 de Bilbao ha entrado en funcionamiento el día 1 de septiembre de 2004, como estaba previsto (Disposición final 2ª LO 8/2003, de 9 de julio, Orgánica para la Reforma Concursal, LORC), y conocerá de todos los concursos de deudores que tengan su centro de intereses principales -concepto del Derecho comunitario derivado: Reglamento (CE) 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia- en el Territorio

Histórico de Bizkaia (así como de los concursos territoriales vizcaínos de otros principales seguidos en el extranjero, cuando existe “establecimiento” del concursado en Bizkaia).

Desenvolviendo las prevenciones de la LORC, con nuevos arts. 19.bis) y 46.bis), y Anexo XII de la Ley 38/1988 de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta, que se introdujeron por Disposición final 11ª LO 19/2003 de 23 de diciembre, de modificación de LOPJ, se previó un desarrollo de adaptación de la planta de Juzgados de lo Mercantil a las necesidades ponderadas de cada lugar, tolerando que existan los que compatibilicen sus competencias exclusivas con las demás del orden civil, o incluso penal -Juzgados de Primera Instancia, o de Primera Instancia e Instrucción-. Así, por RD 1649/2004, de 9 de julio, se ha fijado la planta inicial de los Juzgados de lo Mercantil, de los que sólo veinticuatro lo son en sentido riguroso en sus dieciséis circunscripciones provinciales. Desde el punto de vista de su provisión, conviene saber que el Acuerdo Reglamentario 7/2003, de 23 de septiembre, del Pleno CGPJ, por el que se modifica el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial (desplegando en sucesivos nuevos preceptos su art. 104), relativo a la especialización de Miembros de la Carrera Judicial en los asuntos propios de los órganos de lo Mercantil, concedió pie al Acuerdo de 19 de noviembre de 2003, del Pleno CGPJ, por el que se convocaron pruebas de especialización, de modo que llevadas éstas a término, el Acuerdo de 22 de junio de 2004, de la Comisión Permanente CGPJ publicó la relación de aspirantes -treinta y siete- que las superaron, y por RD 1767/2004, de 30 de julio se destinó a los primeros Juzgados de lo Mercantil a dichos especialistas que participaron en el concurso restringido -veintidós, cubriendo diecisiete Juzgados de lo Mercantil en sentido riguroso-, entre los que Bilbao tiene el privilegio de que se encuentra el Magistrado Juez titular del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de la Villa.

Hay que advertir que este suborden no cuenta con otros órganos nuevos y distintos que los Juzgados de lo Mercantil, los cuales integran un primer grado jurisdiccional especializado. Los

procesos concursales mayoritariamente consisten en una primera instancia civil, para la que se prevé la segunda instancia limitada de nuestro recurso de apelación ante Secciones también especializadas de las Audiencias Provinciales (art. 82.4.pfo.2º LOPJ), que para Bizkaia será, como ya lo era, la Sección 4ª, y en una porción menor (respecto de resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil “*en materia laboral y las que resuelvan los incidentes concursales que versen sobre la misma materia*”) es única instancia, para la que se dispone el ulterior grado a través del recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del respectivo Tribunal Superior de Justicia (arts. 75.2º LOPJ, 64.8, y 197.1 y 7 LECO, y 188.1 y 189.5 LPL), cuya sede en la Comunidad Autónoma de Euskadi igualmente se halla en Bilbao. En ambos circuitos está previsto el recurso de casación, el civil -incluso el malgrado extraordinario por infracción procesal- restringido a los supuestos de art. 197.6 LECO (convenio, calificación y determinación de las masas), y el social, para la unificación de doctrina, en los supuestos encuadrables en art. 217 LPL.

Esta especialización judicial de lo Mercantil lleva como valoración positiva que concita unanimidad, la posibilidad de capacitación de los jueces para conocer de determinados temas, muy complejos, bien por las implicaciones en único procedimiento universal de las más variadas ramas del ordenamiento (generalismo de lo concursal), bien por la creciente tecnificación y transnacionalidad (un sector del mercantilismo, trufado de otras disciplinas civiles “modernas”, que también pertenece a su competencia ex art. 86.ter.2 LOPJ), y cuyo rasgo común radica en un relevante requerimiento adicional de conocimientos económicos y contables.

Pero hay que reconocer que dicha posibilidad de “excelencia” judicial está comprometida, puesto que lo único nuevo son los Juzgados de lo Mercantil, cuando esas Secciones de las Audiencias destinadas a controlar sus resoluciones en vía de apelación resultan de una pura redistribución funcional; el régimen de provisión de los órganos del suborden (arts. 329.4, 330.5.b), y 344.a).pfo 2º LOPJ) no endereza inicialmente la especialización mediante

pruebas selectivas u oposiciones internas de la judicatura más que hacia los nuevos órganos de primer grado; y en realidad, los Juzgados de lo Mercantil, como queda dicho, no se han constituido más que en dieciséis capitales del Reino.

Por otra parte, en el ejercicio de jurisdicción en materias extraconcursoales la existencia de Juzgados de lo Mercantil en unos determinados territorios, como Bizkaia, suscita cuestiones de competencia objetiva con otros Juzgados de Primera Instancias verdaderamente agudas, al no haberse previsto dichas materias en la pluralidad objetiva de los procesos (acumulación de acciones o reconvencción), ni en las alegaciones de nulidad por los demandados como objeto de resistencia/pretencción. La ruptura de la clásica “continencia de la causa” cuando aparece “lo mercantil” puede representar un gran fracaso de esta especialización.

En cualquier caso, el Juzgado de lo Mercantil como órgano del concurso recoge la aplicación de la reforma concursal, tan ambicionada como difícil, pero que se ha consumado en normas aceptadas por un consenso poco habitual de las fuerzas políticas, después de notables modificaciones en la vía de aprobación parlamentaria respecto de lo proyectado, esto que, en esencia, recogía un trabajo, tanto académico como práctico, fundado en serios textos prelegislativos previos, destilados de larga elaboración en la sección especial dentro de la Comisión General de Codificación. Reforma que asume la utilidad del concurso como tratamiento de las crisis patrimoniales, y que corrobora su noción, como procedimiento judicial para la satisfacción del crédito en masa, y pieza clave del Derecho patrimonial.

El nuevo edificio de las instituciones concursales, como obra de rehabilitación completa de aquel heredado de las Ordenanzas de Bilbao, es amplio, hermoso y de extremada minuciosidad en su distribución y amueblamiento. Su concepción y acabados, en una primera revisión, parecen más simples de lo que en realidad es la trabazón interna de su mole. Ésta se apoya en cuatro pilares, aprovechando el símil arquitectónico, que se integran, a su vez, por diversos principios inspiradores.

## **EL PILAR DE ESTILO.**

Existe un pilar que confiere la impronta estética derivada de la personalidad de los maestros de obras, y que por consiguiente, tan es importante para el carácter emblemático del edificio, como en realidad, contingente. De suyo, se conforma por principios que no se actualizan todos en las legislaciones del Derecho comparado próximo. Estos principios son los de unidad que recalca la Exposición de Motivos de la Ley Concursal:

Unidad legal, que significa el fin de la dispersión, prevista o inevitada, de textos normativos, al concentrarse en uno -de dos rangos, legal ordinario y orgánico- todo el Derecho concursal vigente, y pretende acabar con el grave problema de “búsqueda de la norma”, y fija una técnica original, que precisa que las modificaciones de la prelación crediticia se produzcan mediante introducción explícita en la Ley Concursal (art. 89.2. “in fine” LECO), a fin de eludir la “nomorrea” de preferencias.

Unidad de disciplina, que supone el fin de dualismo entre régimen del deudor comerciante y el que no lo es, precisamente ello adverso a lo que significaban la suspensión de pagos y la quiebra del maritimismo de los Consulados, como “Ius mercatorum”, sin perjuicio de que se contemplen un procedimiento abreviado para microempresas o “pymes” (con balance abreviado, art. 181 LSA: activo de unos 5 millones de euros, cifra anual de negocios 10 millones, y no más de 50 trabajadores), y personas físicas, en todo caso con un pasivo no superior al millón de euros (arts. 190 y 191 LECO), así como flexibilizaciones para el convenio de empresas con especial trascendencia para la economía (art. 100.1.pfo.2º LECO).

Unidad de procedimiento, en una opción por el cauce monista, con un presupuesto objetivo de insolvencia, actual -imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles-, como deber de colocarse en concurso (art. 5 LECO), o inminente -previsión de que no se podrá cumplir regular y puntualmente-, como facultad (art. 2.3 LECO). El modelo es de entrada única y doble

salida, es decir, para toda crisis hay un trámite común, con solución dúplice incompatible: contractual del convenio o ejecutiva colectiva de la liquidación, concediendo vía, tanto a la situación del empresario probo con una amenaza de insuficiencia financiera, que cuenta con acreedores proclives al convenio, de escaso sacrificio para éstos, y que solicita voluntariamente el concurso con propuesta anticipada de arts. 104 a 110 LECO, que ni siquiera dará paso a la apertura de la calificación, como a la situación del empresario que desde hace tiempo ha sucumbido a la impotencia patrimonial con un proyecto inviable, y que convoca su sepelio al solicitar la liquidación al haberse solicitado su concurso necesario, con grandes posibilidades de calificación culpable.

## **LA PIEDRA ANGULAR.**

Naturalmente, el edificio cuenta asimismo con un pilar estructural, insoslayable, que apoya la construcción en su esencia, por ende, necesario, y que debe apoyarse en roca fuerte. Era también la columna del cimiento del viejo edificio de la primera mitad del siglo XIX, pero a lo largo del tiempo, aún siendo de la mejor madera, adolecía de la máxima debilidad por la barrena xilófaga de las ejecuciones separadas para acreedores fundamentales: garantías reales, trabajadores y la Recaudación, así como de una “selva” de privilegios crediticios.

Los principios concursales de este pilar basal son la reafirmación de la misma idea y la ética del concurso como comunidad de pérdidas, y se encabeza con el de universalidad (art. 76.1 LECO). De derecho se constituye una masa de destino -activación todos los bienes que son de titularidad del concursado cuando se le constituye en el “status iuris” concursal, y los demás que se adquieran -netos- después, y con la que deben jugar las soluciones del procedimiento. Supone aclarar las nociones de derecho de separación -“Aussonderungsrecht”, reivindicación de lo suyo por el tercero-, y de ejecución separada -“abgesonderte Befriedigung”, apremio aislado de lo ajeno-, reduciendo ésta en la mayor medida, y conceptuando y regulando los créditos contra la masa.

El principio de la “vis attractiva” de la competencia del Juez del concurso (cfr.: art. 86.ter.1 LOPJ y 8 LECO), amén de asegurar la exclusividad de la agresión al patrimonio del concursado con el expurgo de la ejecución singular y las medidas cautelares desde la declaración concursal, avanza en la atracción de ciertas importantes declaraciones de créditos laborales (arts. 64, 65 y 66 LECO: despidos colectivos, suspensiones de relaciones laborales, y modificaciones sustanciales colectivas de condiciones de trabajo, incluidos traslados colectivos, así como extinción o suspensión por causa del concurso de relaciones de trabajo especiales de personal de alta dirección), así como de todas las de créditos civiles que no sean objeto de “procesos de estado civil” (Título I del Libro IV LEC). Además, surge, más allá de la especialización del juez del concurso, como queda indicado, la erección de todo un suborden jurisdiccional de lo Mercantil.

El principio de la “par condicio creditorum” (cfr.: art. 49.1 en relación con 88 LECO), atiende a la otra correlativa colectivización de destino, que es la masa pasiva, y nunca ha significado que todos los créditos detentan la misma condición a la hora de ser satisfechos en la concurrencia, sino una equidistancia de los derechos de crédito concurrentes respecto de la prelación crediticia concursal. En ésta, que es la jerarquización de créditos con arreglo a las preferencias legales, se consigue una interesante poda de privilegios, eliminando los que no respondían a una axiología del crédito sino a la pura forma, aunque se incrementan los privilegios especiales, expandiendo el derecho real de garantía, se mantienen los de créditos iuspúblicos, y se “injeran” algunos privilegios generales (trabajo por cuenta propia, responsabilidad extracontractual, acreedor solicitante del concurso). Pero la viabilidad de que los acreedores ordinarios tengan intervención en la negociación de un convenio, o puedan cobrar alguna cantidad en la liquidación, procede la aparición de los créditos subordinados de arts. 92 y 93 LECO, “hipocréditos” o “créditos antiprivilegiados” entre los que se incluyen los de personas especialmente relacionadas con el concursado, incluidas sociedades del grupo, accionistas, administradores de derecho y de hecho, o apoderados, en relación con la deudora persona jurídica.

## **EL PLAN FUNCIONAL.**

Como todo edificio, sea morada o lugar de servicio público, existe, cada vez más requerido, un estudio de funcionalidad, de manera que su habitación y uso depende de cómo se conciben sus huecos, sus luces, su espacio, las prestaciones sanitarias, climatización, etc. Son los importantes principios instrumentales de la reforma concursal.

Se atienden tales principios, primero, a la eficiencia económica, enderezada a que las instituciones concursales “no entren” antes de lo debido, con lo que, sin razón, lesionarían la facultad ejecutiva del crédito, la cual pertenece a la efectiva tutela judicial, pero que tampoco lo hagan más tarde de lo debido, como hasta ahora resulta tan frecuente, para el triste enterramiento del cadáver del deudor, que ni siquiera cuenta con masa activa para el pago de los anuncios del edicto de declaración del concurso o el primer pago de las retribuciones arancelarias de los administradores concursales.

En segundo lugar, se diseña una estructura orgánica simple y flexible, con un sistema de órganos mínimo, de Juez especializado y de una administración concursal profesionaliza, generalmente con mayoría de componentes de preparación económico-contable, los cuales aúnan encomiendas, de gestión de la empresa concursada, al suplir o intervenir la administración y disposición de bienes, y a la vez, de peritos que dictaminan a la ilustración judicial.

En último término, se acomete el logro de la eficacia procedimental, que como en todo trámite judicial de sustanciación, se calibra desde un parámetro temporal, esto es, por la rapidez, lo que implica plazos preestablecidos e improrrogables y ausencia de un rigor formal irritante, y desde un parámetro económico, es decir, por el coste reducido, ambos interrelacionados de manera evidente.

## **LA IDEOLOGÍA DEL EDIFICIO CONCURSAL.**

He dejado para el final, el pilar ideológico del concurso, pues como los edificios, además de lo estético, estructural y fun-

cional, también se deben conceder respuestas a las alternativas constructivas que atañen a determinados modelos socioeconómico y culturales de la historia. Los principios ideológicos son tres:

La vocación solutoria del concurso. La reforma concursal auspicia la opción por el binomio convenio versus liquidación, que es la preferencia por la conservación de la empresa concursada, en cuanto coincida con los intereses de los acreedores y no se oponga el deudor, y para otro caso, sin veleidades del género del saneamiento por imposición sociopolítica (“gestión controlada” del Anteproyecto de 1983), se resigna al pago ejecutivo en la liquidación, en la cual también cabe la “conservación traslativa”, es decir, la desaparición del deudor pero por transferencia de la empresa o una unidad productiva autónoma a tercero (arts. 148.1 y 149 LECO). El convenio lleva requerimientos de contenido que excluyen el espolio de los acreedores, así como la dación en pago a éstos, por lo que la eticidad prima frente al posibilismo.

La judicialización absorbente del concurso no distingue entre categorías de deudores y su estado, ya sea de quien propone un convenio que, por su condiciones, incluso no abrirá el procedimiento de calificación, ya de quien está abocado a la liquidación por insolvencia sin viabilidad del proyecto empresarial. No hay, pues, métodos extrajudiciales de composición de la concurrencia de créditos en concurso. Los poderes del Juez son eminentes, y algunos resultan extravagancias a la resolución de controversias jurídicas, como en cuanto a los expedientes de regulación de empleo en el seno del concurso. Le corresponde decidir medidas cautelares previas a la declaración de concurso de art. 17 LECO; la ejecutividad del auto de esa declaración ex art. 20.1 LECO; las acumulaciones de solicitudes de concurso; la mera intervención o la suspensión del concursado; la admisión a trámite o el rechazo de oficio de los convenios concursales; el plan de liquidación o régimen de pago de créditos concursales y contra la masa; el nombramiento, separación y el régimen de funcionamiento de los administradores concursales; la graduación de los efectos de la declaración del concurso sobre la persona del deudor, los acreedores y los contratos, etc.

A los concededores de la Ley, y pendiente su desenvolvimiento en la praxis forense, los principios del pilar funcional o instrumental, les parece que son aquellos que con menos acierto garantiza la norma, probablemente porque el principio ideológico judicialista es en buena medida contradictorio, porque no es creíble buscar lo más raudo y barato en formato de juicio.

El principio ideológico de la reforma concursal que he dejado como último es el que representa el epígono de una evolución en que tanta importancia tuvieron las Ordenanzas de Bilbao. Se enuncia como sustitución de lo represivo por lo indemnitario, lo cual no supone la desaparición radical de lo que el concurso tiene como represivo o sancionador, sino su mitigación y suplantación por el resarcimiento en favor de la masa pasiva, lo cual se verifica esencialmente en punto a las acciones de reintegración (arts. 71 a 73 LECO), que son las rescisorias que tienden a devolver al patrimonio del concursado los bienes y derechos que no debieron salir mediante operaciones irregulares en el periodo de sospecha previo a la declaración concursal -en que la insolvencia ya debió ser captada por el deudor-, y a la calificación del concurso (arts. 167 a 175 LECO), que es el tradicional expediente de valoración de la conducta del deudor en relación con la génesis o agravamiento de su insolvencia.

La eticidad en el Comercio fue una de las claves del Derecho concursal de las Ordenanzas de Bilbao, pero precisamente en aquéllas no se apostaba por el judicialismo, ni la calificación servía más que para posibilitar la apertura de un procedimiento penal contra el quebrado, pues se trataba de una suerte de antejuzicio de la clase de los comerciantes.

El Capítulo XVII de las Ordenanzas distinguían entre las quiebras que se producían por la “malicia”, y las que venían “por la desgracia de los tiempo o la infelicidad”, estableciendo una clasificación de los quebrados inocentes o “atrasados”, los inculpados leves o “fallidos”, y los culposos graves o “alzados”. Los inocentes eran los que teniendo bienes bastantes no pagaban con puntualidad, y a los que convenía la suspensión de pagos, en que se les

había de guardar “*el honor de su crédito, buena opinión, y fama*”; los quebrados inculpables eran los que por “*infortunios del Mar o Tierra*” arriesgaron sus mercancías, o a su vez, no fueron pagados por sus deudores, y aquéllos debían llegar a acordar convenios con sus acreedores, incluso de “*quita y disminución*”, privándoseles de voz activa o pasiva en el Consulado, hasta que satisficieran el total de sus débitos; la tercera clases de quebrados culposos graves eran los que actuaron “*con dolo y fraude*”, y se les reputaba “*infames, ladrones públicos y robadores de haciendas ajenas*”, entendiéndose que perjudicaban al Comercio todo, por lo que las autoridades consulares les entregaban a la Justicia Ordinaria para que fueran “*castigados con todo el rigor que permite el Derecho*”.

Hay que tener en cuenta que esto representa un gran avance respecto de tiempos pretéritos cuando todo quebrado era fraudulento, como leemos en “La quiebra” de J.A. Ramírez, siendo que al comerciante quebrado, sospechoso de fraude por este solo hecho, se le obligaba a romper su banco en la plaza pública, de donde viene la expresión “bancarrotta” (“bankruptcy” o “bankrott”) originariamente aplicada a todo quebrado, culpable o no, y así, una Bula del Papa Pío V, del año 1570 castigaba, como fraudulento y ladrón, con penas gravísimas, al que quebraba, aunque fuera por simple negligencia, prodigalidad o gastos caprichosos. Sólo por influjo del maritimismo en los Consulados se fueron admitiendo las pruebas contrarias a la presunción de fraude, y abriéndose paso la diferencia entre el comerciante que llegaba a situación tan extrema por causas a él imputables, y aquél que llegaba a tal estado por motivos fortuitos, y en todo caso, ajenos a su voluntad o inimputables.

De esta triada de quebrados de las Ordenanzas, y de la calificación al servicio de la persecución penal procede que la quiebra pudiera calificarse como fortuita, culpable o fraudulenta según el art. 886 del derogado Código de Comercio, siendo que la culpable y la fraudulenta constituyeron en la tradición delitos con tipo en blanco que se remitían a la ley mercantil. Los culpables y fraudulentos resultaban inhabilitados para el ejercicio del comercio, y

padeían variadas interdicciones legales, y la diferencia estribaba en que el quebrado fraudulento (art. 920 CCom) no podía ser rehabilitado, y si era una persona física no podía alcanzar convenio (art. 928 CCom), perdiendo el derecho de alimentos (arts. 1.098 y ss. CCom 1829). Para las personas jurídicas se trataba de una dicotomía irrelevante. Tal operación procedía en todo caso y desde el informe del Comisario, aunque el trámite de una u otra especie de quiebra carecía de procedimiento de distinción, ya que como sólo era caso de exigir al deudor responsabilidad criminal (art. 895 CCom) se hacía siempre la calificación en ramo separado, en la pieza quinta. Si la quiebra se calificaba culpable o fraudulenta, el juez penal se limitaba luego a sancionar penalmente la conducta del quebrado ya enjuiciada por el juez del concurso en esa pieza separada.

El punto de partida se expresaba en el brocárdico “decoctor, ergo fraudator”, que apunta que quien objetivamente no es capaz de pagar a sus acreedores, después de haber recibido de éstos diversos contravalores, debía concluirse que defraudaba. Las Ordenanzas introdujeron en el Código de Comercio la posibilidad de probar que dicha tesitura procedía de un infortunio casual. Las razones de los juristas prácticos descansaban en que la prevención que interesaba al Estado se supeditaba a la voluntad vindicativa de los acreedores, como guardianes del Comercio a través de sus instituciones gremiales, los que también encontraban una utilidad con este tipo de presión punitiva para llevar a los deudores a convenios, de modo que se reservaba al tribunal de comercio, de clase, la catalogación del fraude, y al tribunal de lo criminal la posterior subsunción legal y graduación de la pena.

La jurisprudencia civil primero, la penal algo después, en una exégesis claramente correctora de las normas heredadas de las Ordenanzas, entendió que el juez penal no debía circunscribirse a imponer determinada pena sobre la base de una conducta conminada que ya tenía valorada el juez civil, sino que la calificación civil de la quiebra como culpable o fraudulenta era sólo el presupuesto procesal de perseguibilidad para que pudiera volver a enjuiciarse la acción del quebrado, sin vinculación a la previa cali-

ficación concursal, o una condición objetiva de punibilidad (SSTS (II) de 13 de junio de 1959, 19 de enero de 1974 o 19 de febrero de 1981). Luego, al promulgarse el Código Penal vigente de 1995 y regularse, en los arts. 257 a 261 las denominadas insolvencias punibles, de forma autónoma y sin remisión a calificaciones concursales, se reafirmó el principio que consagra el art. 260.4 CP: *“en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal”*, y ahora reitera art. 163.2 LECO.

Con la reforma concursal ese principio-fuerza o vector expreso del pilar ideológico de la reforma concursal, se entiende que, escindida la represión penal y la civil, puede ser esta segunda más eficaz, pero dirigida a no insistir en una función sancionatoria del concurso, sino reparatoria, y así culmina el largo periplo que, partiendo de la Edad Media, en que toda quiebra estaba penalizada, pasando por las Ordenanzas de Bilbao y nuestros Códigos de Comercio decimonónicos con su exoneración de los quebrados fortuitos y graduación de las sanciones penales según la gravedad de las infracciones cometidas, distinguiendo entre quiebras culpables y quiebras fraudulentas como condición para el ejercicio de la acción penal, para llegar al modelo en que la calificación de la conducta que terminó en la insolvencia tiene una relevancia civil en exclusiva, y como único objeto la decantación de la culpa o fraude, en función más de indemnización a la masa pasiva que al castigo.

La función reparatoria de la calificación tiene un doble valor: preventivo y redistributivo. Por lo que toca a lo segundo, la distribución o reparto de todo el patrimonio del concursado, incluido el que había perdido aparente o indebidamente para cuando la insolvencia se exterioriza, la calificación de concurso culpable presta el servicio de devolver sin cargo los bienes por la responsabilidad de concursados personas físicas, administradores sociales o cómplices en los negocios fraudulentos, pero incluso llega a subsidiar o suplementar tales bienes con los de los responsables. Así se prevé la condena de administradores de sociedades, de derecho o de hecho, o que lo hubieran sido en los dos últimos años anterior-

res a la declaración de concurso, y de sus cómplices en la calificación culpable, que les priva de derechos en y contra la masa (art. 172.2.3º LECO), pero además, eventualmente, como responsabilidad del concurso en fase de liquidación de esos administradores o liquidadores culpables, el patrimonio de éstos puede declararse con obligación de suplementar el de la entidad concursada en orden a satisfacer a la masa de acreedores, en todo o parte (art. 172.3 LECO). Y por lo que toca a lo primero, la prevención, amén de la finalidad disuasoria de esas indicadas consecuencias por la autoría o complicidad en la culpabilidad, procura el efecto de la inhabilitación (art. 172.2.2º LECO), con las interdicciones asociadas para el ejercicio del comercio, y diversos cargos y profesiones de trascendencia económica. En cualquier caso, la prevención o redistribución se persiguen mediante normas negativas, y no debe negarse que conforma una suerte de Derecho de sanciones civiles, no obstante el alivio de sus rasgos puramente retribucionistas, en la última versión de la calificación concursal desde las Ordenanzas de Bilbao.

La vocación de la reforma concursal es conseguir que este tratamiento de la insolvencia no resulte un residuo en la realidad de la “selección natural” de las empresas, como hasta ahora la quiebra en España, minoritaria hasta el escándalo respecto de las fórmulas de clandestinización de las empresas insolventes, sino el modo natural de salvarse o desaparecer, como en los mejores ejemplos de la Unión Europea. Los Juzgados de lo Mercantil tienen, en esta porción de sus misiones, la importante responsabilidad de resistir a que las conocidas leyes físicas -inercia y mínimo esfuerzo- dejen sin desenvolver las potencialidades de las jurídicas en esta reforma concursal. Para lograr que el concurso cumpla sus funciones de “anticuerpo” para las “infecciones” del mercado, para que sus soluciones se generalicen en las crisis empresariales, para que su ética constituya la pieza clave del Derecho patrimonial, deben divulgarse sus ventajas, y por el contrario, los inconvenientes para quienes regentan las empresas, si no acuden al concurso, desde esa vocación indemnitaria de la sanción civil de la moderna calificación. Los beneficios provienen básicamente para la solicitud tempestiva de concurso voluntario, en la consecución en plazo

óptimo de tres meses de la aprobación de una propuesta anticipada de convenio, que puede rebasar las restricciones de condonación o aplazamiento (art. 104.2 LECO), con la continuidad de la empresa, sin pérdida de poder de administración o disposición del solicitante, sin consecuencias personales aflictivas, y mientras se protege de las ejecuciones. El acicate radica en que la solicitud morosa del concurso abona una presunción de culpabilidad del concurso ex art. 165.1º LECO, con las predichas posibilidades de condena de los administradores sociales y sus cómplices.

Hay dos preceptos imponentes para excitar a la solicitud de concurso voluntario: El uno se recoge en art. 48.3 LECO, y prevé la tutela cautelar de la condena de art. 172.3 LECO para los administradores sociales, o que lo hubieran sido en los dos últimos años previos a la declaración del concurso, puesto que cuando resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable, y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas (“fumus boni iuris”), puede decretar el Juez del concurso el embargo de bienes y derechos de tales administradores o liquidadores, desde la misma declaración de concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal (el “periculum in mora” radicará, entonces, en el derivado de la sustanciación del procedimiento de calificación en la Sección sexta, precisamente abierta por haberse pasado a fase de liquidación); El otro se halla en art. 65 LECO, y establece para el personal en relación laboral de alta dirección contratado, que puede ser cómplice del titular de la empresa, o incluso administrador social de hecho, la prerrogativa del Juez, ante la decisión de la administrador concursal de extinguir dicha relación sin otra causa que la declaración del concurso -o provocar que desista el directivo, mediante la suspensión de su contrato-, de reducir la indemnización “blindada” para despido hasta el tope legal de la de los despidos colectivos de art. 51.8 ET, y además, de dirimir su percibo hasta el momento de la firmeza de la sentencia de calificación.

El Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, desde luego, no cuenta con una “Lex data” distinta a la de los demás, y tendrán que calibrar cómo con los mimbres de aquella trenza el cobertizo que

socaire más supuestos sociales de insolvencia, según es la finalidad de la reforma concursal, pero asume, como añadidura, la responsabilidad que le transmite el foro de la Villa en que se gestó el salto cualitativo del Derecho de quiebras, con el Consulado. Por de pronto, en los tres primeros meses de funciones, es el Juzgado de lo Mercantil del Reino con más procedimientos concursales en marcha (diez), y en el que ya se han dictado resoluciones de subido interés, acerca del concurso voluntario de grupo de sociedades, sobre competencia territorial, en cuanto al Derecho transitorio, etc. A estas alturas, es la Administración de Justicia del País Vasco la única que ha acometido la tarea de elaborar completo elenco de modelos informáticos judiciales para la aplicación de la nueva Ley Concursal, que se exportarán, a no dudarse, a las demás administraciones con competencia del Estado.

Por un método de pura autoridad práctica las Ordenanzas del Consulado se extendieron como ordenamiento mercantil hispano, llegando el resabio de sus normas hasta el pasado 1 de septiembre, pero cuando éste desaparece para siempre, la persecución de la excelencia en el nuevo régimen que desde entonces arranca, por el Magistrado-Juez de lo Mercantil de Bilbao, por la curia, y por la Administración de la Justicia vasca, no tiene por qué dejar de conducir, con la cooperación de las Universidades y las Escuelas de Práctica Jurídica, a través de parecido sistema “servata distantia” a una expansión de un concursalismo vasco que se imponga en praxis y en aulas por su calidad.

Bilboko Merkataritza-Epaitegiari agur eta ohore.

***Edorta J. Herrera Cuevas***